

عبد الرزاق السهري

الوزير

في سيرته القانونية الحديثة

اسباب كسب الملكية

مع الحقوق العينية الاعلالية المقررة عن الملكية
من الانتفاع وحق الارتفاق

للمجلد التاسع

دار النهضة العربية
القاهرة



0030188



Bibliotheca Alexandrina

الْوَسِيْطُ
فِي شَرْحِ الْقَانُونِ الْمَلَكِيَّةِ
(٩)

أَسْبَابُ كَسْبِ الْمَلَكِيَّةِ

مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية
(حق الانتفاع وحق الارتفاق)

تأليف

عبد الرزاق محمد السنهوري

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلوماسي من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

القسم الأول

اسباب كسب الملكية

تمهيد^(٥)

١ - النقصم العلمى لأسباب كسب الملكية : يتم كسب الملكية بأسباب معينة . وأسباب كسب الملكية تقابل مصادر الالتزام . وكل من أسباب كسب الملكية ومصادر الالتزام يمكن تقسيمه تقسيميا علميا ، يقوم على أساس واحد .

(*) مراجع عامة في القسمين معا : بودرى وشوفو الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٥ - بودرى وتيسيه الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٥ - أوبرى درو وبارتان جزء ٢٠ الطبعة السادسة سنة ١٩٣٥ وجزء ٣ الطبعة السادسة سنة ١٩٣٨ - بيدان وفواران جزء ٤ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨ - بلانيول وريبيريوكار جزء ٣ سنة ١٩٥٢ - دى باج وديكرز جزء ٥ سنة ١٩٥٢ وجزء ٦ سنة ١٩٥٣ - بلانيول وريبيريولانجيه جزء أول الطبعة الرابعة سنة ١٩٤٨ - كولان وكابيتان ودى لاموراندير جزء أول الطبعة الحادية عشرة سنة ١٩٤٧ - جوسران جزء أول الطبعة الثالثة سنة ١٩٣٨ - هنرى وليون وجان مازو دروس في القانون المدني جزء ٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٦٢ - مارق وريغو جزء ٢ مجلد ٢ سنة ١٩٦٥ - كاربونيه جزء ٢ سنة ١٩٥٩ - أنسيلكلويدي دالوز جزء أول سنة ١٩٥١ لفظ Accession وجزء ٣ سنة ١٩٥٣ Occupation ولفظ Possession وجزء ٤ سنة ١٩٥٤ لفظ Prescriptio civile ولفظ Servitude وجزء ٥ سنة ١٩٥٥ لفظ Usufruit ولفظ Usage-Habitation

محمد كامل مرسي جزء ٢ سنة ١٩٤٩ في الحقوق المتفرقة عن حق الملكية وجزء ٣ سنة ١٩٤٩ في الاستيلاء والالتصاق والشفعة وجزء ٤ سنة ١٩٤٩ في الحيازة والتضام وجزء ٥ سنة ١٩٥١ في الميراث وتصفية التركة وجزء ٦ في الوصية - في الشفعة وحتى استرداد الحصة الميعة قبل القسمة الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٧ - شفيق شحاتة في النظرية العامة للحق العيني سنة ١٩٥١ - محمد حل مرة جزء ٢ سنة ١٩٥٥ في أسباب كسب الملكية - عبد الفتاح عبد الباقي دروس في الأموال سنة ١٩٥٦ (ورساله بالفرنسية في دور الحيازة في المنقول باريس سنة ١٩٤٣) - عبد النعم البدراوى في الحقوق العينية الأصلية الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦ - اساميل غانم مذكرات في الحقوق العينية الأصلية جزء ٢ سنة ١٩٥٨ - عبد النعم فرج الصدة في حق الملكية الطبعة الثانية سنة ١٩٦٤ - حسن كبرى في مصادر الحقوق العينية الأصلية (مذكرات حل الآلة الكتابية) سنة ١٩٦٤ - منصور مصطفى منصور في حق الملكية سنة ١٩٦٥ - محمود جمال الدين زكي في حسن النية في كسب الحقوق رسالة بالفرنسية القاهرة سنة ١٩٦٢ .

ذلك أن جميع مصادر الحقوق ، عينية كانت أو شخصية ، بل جميع مصادر الروابط القانونية ، ترجع إما إلى الواقعة المادية (fait matériel) ، أو إلى التصرف القانوني (acte juridique) . وقد سبق أن بينا ذلك تفصيلا : عندما عرضنا لتقسيم مصادر الالتزام تقسيما علميا في الجزء الأول من الوسيط^(١) .

وقد ذكر التقنين المدني أسبابا سبعة لكسب الملكية : الاستيلاء والميراث والوصية والاتصاف والعقد والشفعة والحيازة . فاذا أردنا تقسيم هذه الأسباب تقسيما علميا ، بارجاعها إلى التصرف القانوني والواقعة المادية ، دخل العقد والوصية في نطاق التصرف القانوني ، ودخل الاستيلاء والميراث والاتصاف والشفعة والحيازة في نطاق الواقعة المادية .

أما العقد فهو تصرف قانوني صادر من الجانبين ، في حين أن الوصية تصرف قانوني صادر من جانب واحد .

والاستيلاء واقعة مختلطة (mixte) ، اختلطت فيها الحيازة المادية وهي عنصر مادي بارادة المستولي في أن يتملك في الحال وهي عنصر إرادي . ولكن العنصر المادي هنا هو المتغلب ، ومن ثم ألحق الاستيلاء بالوقائع المادية .

والميراث سبب كسب الملكية فيه هو الموت ، والموت واقعة مادية .

= وعند الإشارة إلى هذه المراجع قصدنا الإحالة إلى اللجنة المهيئة أمام كل مرجع منها .
ونذكر هنا ما وقع في يدنا من المؤلفات التي تبحث في الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني العراقي ليرجع إليها من يشاء البحث في هذا القانون : حامد مصطفى في الملكية وأسبابها بغداد سنة ١٩٥٣ والملكية المقارنة في العراق (معهد الدراسات العربية العالية) سنة ١٩٦٤ - حسن حل اللنون في الحقوق العينية الأصلية بغداد سنة ١٩٥٤ - شاذلي ناصر سحدر في الحقوق العينية الأصلية بغداد سنة ١٩٥٩ - صلاح الدين النامي في الحقوق العينية الأصلية بغداد سنة ١٩٦١ .

والالتصاق ، سواء كان اتصاقا بعقار أو اتصاقا بمنقول ، ليس إلا اتحاد شيء بآخر اتحادا ماديا ، فيكسب صاحب الشيء الأصل ملكية الشيء الفرعى . فالاتحاد المادى إذن هو سبب كسب الملكية ، والاتحاد المادى ليس إلا واقعة مادية .

والشفعة واقعة مركبة (complexe) ، اقترن فيها الشيوع أو الجوار أو أى ارتباط آخر يقوم بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به ، وهذه واقعة مادية ، يبيع العقار المشفوع فيه وهذه واقعة مادية بالنسبة إلى الشفيع ، باعلان الشفيع إرادته فى الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانونى . فهذه الوقائع المتسلسلة المركبة الغلبة فيها للواقعة المادية لا للتصرف القانونى ، ومن ثم يمكن إدخال الشفعة فى نطاق الوقائع المادية .

والحيازة هى السيطرة الفعلية على الشيء أو الحق محل الحيازة ، ومن ثم تدخل الحيازة فى نطاق الوقائع المادية^(١) .

٢ — التقسيم العملى لأسباب كسب الملكية : ولم يرد التقنين المدنى أن يأخذ بالتقسيم العلمى سالف الذكر ، إذ هو أقرب إلى الفقه منه إلى التشريع ، وسلك فى تقسيم أسباب كسب الملكية سبيلا عمليا أقرب إلى الإذهان .

فيز بين كسب الملكية ابتداء فى شيء لم يكن له مالك وقت كسب الملكية (mode originaire) ويتمثل ذلك فى الاستيلاء (occupation) ، وبين كسب الملكية تلقيا عن مالك سابق (mode dérivé) فننتقل الملكية من مالك إلى مالك آخر ، وهذا هو شأن أسباب كسب الملكية الأخرى غير الاستيلاء . وهذه الأسباب الأخرى إما أن تكون بسبب الوفاة ويتمثل ذلك فى الميراث (succession) والوصية (testament) ، أو فيما بين

(١) أنظر فى كل ذلك البسيط جزء لبرل بقرة ٢٢ .

الأحياء ويتمثل ذلك في الالتصاق (accession) والعقد (contrat)
والشفعة (préemption) والحيازة (possession) (١).

(١) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الالتصاق وحيازة سببان منشئان للملكية جديدة منبثة
للصلة بالملك القديمة التي كانت المالك السابق ، فهما من هذه الناحية يشاركان الاستيلاء من
حيث إن كلا من هذه الأسباب الثلاثة ينشئ ملكية جديدة دون أن ينقل ملكية قديمة (بلانيول
ودويرير وبولانييه ١ فقرة ٢٨٢٢ وفقرة ٢٨٢٤ - نرسون (Nelson) في أنيسكلوبيدي
والورز ؛ لفظ Propriété فقرة ٩٥ - فقرة ٩٧ - مازو ٢ فقرة ١٥٣٩ : فيها يصلق
فقط بتلك المنقول بالحيازة). ويقول الأستاذ محمد علي عرفة في هذا المعنى : «وعلى هذا
الأساس يكون الالتصاق والحيازة سببين منشئين للملكية لانتقالين لها ، إذ أن المالك الجديد
لا يكتسب ملكية الشيء بالالتصاق أو بالتقادم بإرادة المالك السابق ، بل استناداً إلى حكم
القانون . كما أن الملكية التي يكتسبها بأحد هذين السببين ملكية جديدة ، لكونها مستقلة تماماً
عن الملكية السابقة» (محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢ ص ٢ - ص ٣).

والالتصاق ، في أكثر صورته ، يواجه مالكا سابقاً كان يملك المواد والأدوات التي
التصقت بالأرض أو مالكا سابقاً كان يملك المنقول الذي انتزج بمنقول آخر ، فينقل ملكية
هذه المواد أو هذا المنقول - هي ذاتها - إلى صاحب الشيء الأصل ، ولا ينشئ ملكية جديدة .
ذلك بأن الملكية تتميز بأنها دائمة ، وتتأبد في انتقالها . فإدام الشيء مملوكاً وكان باقياً لم يملك ،
وإن تغيرت صورته ، فالملكية بالية . وإذا ملك الشيء مالك جديد ، فأنما يكون ذلك بالانتقال
الملكية من المالك القديم إلى المالك الجديد ، لا بانقضاء الملكية وقيام ملكية جديدة مكانها .
ويستوي في ذلك أن يبقى الشيء المملوك محظوظاً بشكله الأصل كما في الحيازة ، أو أن يتغير
هذا الشكل كما في الالتصاق ، فما دم الشيء باقياً فإن الملكية تبقى دائماً ، والتي يتبدل هو
المالك لا الملكية . ولا يوجد إلا سبب واحد هو الذي ينشئ الملكية لا ينتقلها ، وهذا السبب
هو الاستيلاء . فإنه يواجه وقت أن يتحقق شيئاً لا مالك له ، فلم تكن هناك ملكية قائمة حتى
تنتقل إلى مالك جديد ، ولم يند به من أن تكون الملكية التي كسبت بالاستيلاء هي ملكية
مبتدأة ، لا ملكية انتقلت من شخص إلى آخر .

ويخلص مما تقدم أن الالتصاق والحيازة ، كالعقد والشفعة ، سببان ناقلان للملكية
فما بين الأحياء . كذلك الميراث والوصية سببان ناقلان للملكية ، ولكن بسبب الوفاة . وهذه
الأسباب الثلاثة للملكية جسيماً ، سواء كان نقل الملكية بين الأحياء أو كان بسبب الوفاة ،
بعضها ينقل الملكية مع استخلاف المالك الجديد للمالك القديم ، وبعضها ينقل الملكية دون
استخلاف . فالأسباب التي تنقل الملكية مع الاستخلاف هي العقد والشفعة والميراث
والوصية ، فالمقد والشفعة ينقلان الملكية إلى خلف خاص ، والميراث ينقلها إلى خلف عام ،
والوصية تنقلها تارة إلى خلف خاص وتارة إلى خلف عام . أما الالتصاق والحيازة ، فلهما
ينقلان الملكية دون استخلاف . فالذي يميز الالتصاق والحيازة إذن من غيرها من الأسباب
الناقلة للملكية ، ليس أنهما لا ينقلان الملكية ، بل هما ينقلانها ، ولكن دون استخلاف .

وكانت المادة ٦٦/٤٤ من التقنين المدنى السابق تعدد أسباب كسب الملكية ، فتنص على أن « تكتسب الملكية والحقوق العينية الأخرى بالأسباب الآتية وهى العقود ، الهبة ، الميراث والوصية ، وضع اليد ، إضافة للملحقات للملك . الشفعة ، مضى المدة الطويلة » . فلم يتوخ هذا التقسيم أى ترتيب منطقى ، ولم يخل من التكرار إذ ذكر العقود وذكر إلى جانبها الهبة والهبة ليست إلا عقدا ، وسمى الاستيلاء « بوضع اليد » فأوجد لبسا ما بين الاستيلاء والحيازة ، وعندما عرض للحيازة سماها « مضى المدة الطويلة » والحيازة أوسع بكثير من ذلك ، وأطلق على الالتصاق عبارة « إضافة الملحقات إلى الملك » وفي هذه التسمية شىء من الإغراب والإبهام . ونقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « رتب المشروع هذه الأسباب ترتيبا منطقيا دون أن يعددها ، وهذا

« وهذا هو الذى يفسر أن المالك الجديد ، فى الالتصاق والحيازة ، لا يخلف المالك السابق فى ملكيته ، لا خلافة عامة ولا خلافة خاصة ، فلا يتقيد بالأعباء والتكاليف التى كانت تقيد المالك السابق (قانون الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٣٥٠ ص ٦٠٦ هامش ٣) .

ويكون غير واضح فى نظرنا إذن تقسيم الأستاذ محمد حل عرفة لأسباب كسب الملكية إلى أسباب منشئة للملكية وهى الاستيلاء والالتصاق والحيازة ، وأسباب ناقلة للملكية وهى العقد والشفعة ، وأسباب خلافة فى الملكية وهى الميراث والوصية . ذلك بأن الالتصاق والحيازة هما سببان نقلان للملكية لا منشئان لها ، وإنما يتميزان بأنها ينقلان الملكية دون استخلاف كما قدمنا . وذلك بأن أسباب الخلافة فى الملكية ليست فحسب هى الميراث والوصية ، إلا إذا أريد بالخلافة الخلافة العامة دون الخلافة الخاصة ، وفى هذا المعنى لا تنحصر الوصية بسبب خلافة عامة ، بل قد تكون سبب خلافة خاصة وهذا هو الغالب . وإنما أسباب الخلافة فى الملكية ، سواء كانت خلافة عامة أو خلافة خاصة ، هى جميع الأسباب الناقلة للملكية فيما عدا الالتصاق والحيازة ، فتكون أسباب الخلافة إذن هى العقد والشفعة والميراث والوصية . فكان الأولى إذن أن يقسم الأستاذ محمد حل عرفة الأسباب إلى منشئة وهى الاستيلاء وحده ، وناقلة دون استخلاف وهى الالتصاق والحيازة ، وناقلة مع الاستخلاف وهى العقد والشفعة والميراث والوصية . فيستبدل على هذا النحو تقسيم الأسباب الناقلة للملكية إلى ناقلة مع الاستخلاف وناقلة دون استخلاف ، بتقسيمها إلى ناقلة للملكية فيما بين الأحياء وناقلة للملكية بسبب الوفاة . ولما كان تقسيم الأسباب الناقلة للملكية إلى ناقلة للملكية فيما بين الأحياء وناقلة للملكية بسبب الوفاة هو ، من الناحية العملية ، تقسيم أكثر وضوحاً من التقسيم القائم على فكرة الاستخلاف ، فقد أثره التقنين المدنى .

بمخلاف التقنين الحالي (السابق) (م ٤٣ / ٦٦) فقد عددها دون أن يرتبها ترتيباً منطقياً . وقد ميز المشروع بين كسب الملكية ابتداء ، أى دون أن يكون لها مالك سابق تنتقل منه ، ويكون هذا بالاستيلاء ، وبين كسبها انتقلاً من مالك سابق . والكسب انتقلاً قد يكون بسبب الوفاة ويتم هذا بالمراث والوصية ، أو يكون انتقلاً بين الأحياء ويتم ذلك بالاتصاف والعقد والشفعة والحيازة . ولم يعرض المشروع في هذا المكان للهبة كما فعل التقنين الحالي (السابق) ، فهي كسب من أسباب انتقال الملكية تندرج في العقد ، ولا عمل لإفرادها بالذكر . وهي كعقد مسمى لها أحكام مفصلة يجب أن توضع في مكانها بين العقود المسماة ، وهذا ما فعله المشروع (١) .

وأساب كسب الملكية التي ذكرها التقنين المدني هي أسباب عامة شاملة . فهي عامة ، إذ هي لا تقتصر على الملكية وحدها ، بل تتناول سائر الحقوق العينية الأصلية كحق الانتفاع وحق الارتفاق . وقد كانت واردة في المشروع التمهيدى بعد الحقوق المتفرعة عن الملكية ، حتى نعم حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه . فرأت لجنة المراجعة أن تقدمها في الترتيب وتجعلها تالية مباشرة لحق الملكية ، لأنها متحققة جميعها في حق الملكية ولا تتحقق جميعها في الحقوق المتفرعة عنه ، وما يتحقق منها في هذه الحقوق منصوص عليه في كل حق (٢) . وهذه الأسباب هي أيضاً شاملة ، فهي قد حصرت جميع أسباب كسب الملكية . ويلاحظ في هذا الصدد أن الملكية قد تنتقل جبراً على صاحبها بإرادة من تنتقل إليه دون إرادة المالك نفسه ، وأبرز ما تكون هذه الظاهرة في الشفعة ، وهنا ، حتى تكون الأسباب شاملة حقاً ، يجب أن تلحق بالشفعة ما يماثلها في نفس الظاهرة . ونذكر من ذلك استرداد الحصة الشائعة المبيعة قبل القسمة ، واسترداد الحق المتنازع فيه ، واشتراك الجار في الجزء الممل

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٥ هامش ١ .

من الحائظ المشترك ، والمزاد الجبرى عند تنفيذ الدائن على أموال المدين
أو عند قسمة التصفية ، ونزع الملكية للمنفعة العامة ، والتأمين ، والمصادرة^(١).
وهذه الأسباب كلها مذكورة في مواضعها ، فلا نعود إليها هنا^(٢) .

٣ — خطة البحث : ونسائر التقنين المدنى فى تقسيمه العمل لأسباب
كسب الملكية ، فهو تقسيم واضح . ونبعث هذه الأسباب فى أبواب
ثلاثة : نفرد الباب الأول منها لكسب الملكية ابتداء عن طريق الاستيلاء ،
ونجعل الباب الثانى لكسب الملكية بسبب الوفاة فنبعث الميراث والوصية ،
ونخصص الباب الثالث لكسب الملكية فيما بين الأحياء فنبعث الالتصاق
والعقد والشفعة والحيازة .

(١) بلانبول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٤١ - فقرة ٢٨٤٢ - وقد اقترحوا أن
تسمى هذه الطائفة من الأسباب « أسباب انتقال الملكية جبراً على صاحبها »
modes dérivés d'acquisition non volontaire

(٢) أنظر أيضاً فى كسب الصانع للملكية ما يصنعه كمن يصنع طائرة أو باخرة فيملكها :
بلانبول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٢٦ .

الباب الأول

كسب الملكية ابتداء الاستيلاء

(Occupation)

٤ — التمييز بين المنقول والعقار : الاستيلاء ، كسب لكسب الملكية ، يفترض أن الشيء الذي تكسب ملكيته ليس له مالك وقت الاستيلاء . وعلى ذلك لا يرد الاستيلاء إلا على الأشياء ، فلا يرد على الأموال إذ وقت الاستيلاء كان الشيء لا مالك له ، فهو شيء لا مال ، ويصبح مالا بالاستيلاء (١) .

ويندر أن توجد أشياء لا مالك لها في المجتمعات المتحضرة ، أما في المجتمعات البدائية التي لم تستغل مواردها الاقتصادية ، وفي المجتمعات الجديدة الناشئة ، وفي البلاد الصحراوية ، فكثير من أشياءها يكون لا مالك له ، ومن ثم يرد عليه الاستيلاء .

وإذا كان الشيء الذي لا مالك له نادرًا في المجتمعات المتحضرة ، فهو في العقار أندر منه في المنقول . ذلك أن العقار تقبل الناس على تملكه ، فلا يكاد يبقى عقار لا مالك له . وإذا بقيت أراض غير مزروعة في الصحراء أو في الجبل لا مالك لها ، فيغلب أن يتدخل المشرع ويعتبرها ملكًا للدولة ، كما فعل المشرع المصري عندما نص في المادة ٨٧٤ / ١ مدني على أن « الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها تكون ملكًا للدولة » (٢) . لذلك يجب التمييز ، في الاستيلاء ، بين المنقول والعقار .

(١) محمد حل حرفة ٢ فقرة ٨ ص ١١ .

(٢) أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة ٧١٣ مدني فرنسي على أن « الأشياء التي ليس لها مالك تكون ملكًا للدولة » . ونص أيضًا في المادة ٥٣٩ مدني فرنسي على أن « الأشياء السائبة التي لا مالك لها ، وأموال من يموت دون وارث أو من تغل الوارث عن تركه ، يتدخل في التوفيق العام » . ولكن هذه النصوص تفسر في فرنسا على أنها مقصورة على المنقول

المبحث الأول

الاستيلاء على المنقول

٥ - المنقول الذي لا مالك له - نص قانوني : يقع في بعض الأحيان أن يكون المنقول ليس له مالك ، إما بالأب لا يكون له مالك منذ البداية ، أو بأن يكون له مالك ثم يتخلى هذا عن ملكيته فيصبح المنقول لا مالك له .

مثل المنقول الذي لا يكون له مالك منذ البداية (*res nullius*) :
الأشياء المشتركة (*res communes*) ، والسلك في الماء ، والطير في الهواء ،
والحيوانات غير الأليفة .

وقد يكون للمنقول مالك ، ثم يتخلى هذا عنه ، وقد نصت المادة
٨٧١ / ١ مدني في هذا الصدد على ما يأتي : « يصبح المنقول لا مالك

دون المنقول ، فالمقار الذي لا مالك له هو وحده الذي يكون ملكاً للدولة فلا يجوز تملكه بالاستيلاء (بلانيول وريبيروبيكار ٣ فقرة ٦٣ وفترة ٥٩٠) . أما المنقول فيجوز ألا يكون له مالك ، ومن ثم يجوز تملكه بالاستيلاء (بلانيول وريبيروبيكار ٣ فقرة ٦٣ ص ٦٧) . وقد كان مشروع التقنين المدني الفرنسي الصادر في سنة ١٨٠٤ يحمل كلا من المقار والمنقول إذا لم يكن له مالك ، ملكاً للدولة ومن ثم كان هذا المشروع لا يقر الاستيلاء سبباً لكسب الملكية ، وكانت إحدى مواد هذا المشروع تنص على ما يأتي :

« لا تعترف القوانين المدنية بالحق في الاستيلاء ، والأشياء التي لم يكن لها مالك أصلاً ،
التي أصبحت لا مالك لها لتخلى أصحابها عنها ، تكون ملكاً للدولة . ولا يجوز لأحد أن يملكها ،
إلا بمجازة كافية لتمكن بالتقادم » (فنية ٢ ص ١٢٤) . ولكن هذا النص حذف من المشروع ،
بناء على ملاحظة قدمها محكمة استئناف باريس ، واستندت فيها إلى أن بعض الصناعات
industrie des chiffonniers تقوم على التقاط المخلفات والمنقولات التي يتخلى عنها أصحابها ،
فحولها إلى ورق أو إلى مواد أخرى ذات فائدة . وقد استبدل بالنص المحذوف نص المادة
٧١٣ مدني فرنسي سالف الذكر . وأصبح مسلماً في القانون الفرنسي . أن هذه المادة
الأخيرة مقصورة على المقار دون المنقول كما سبق القول . وقد أكدت لجنة تنقيح التقنين
المدني الفرنسي هذا المعنى ، عندما عدلت في مشروع تنقيحها المادة ٧١٣ مدني فرنسي على
الوجه الآتي . « المقارات التي ليس لها مالك تكون ملكاً للدولة » (لجنة تنقيح التقنين المدني
الفرنسي سنة ١٩٤٦ - سنة ١٩٤٧ ص ٨١٧ - ص ٨٢٠ و ص ٨٢٠) .

له ، إذا تخلى عنه مالكة بقصد النزول عن ملكيته « (١) . فإذا تخلى مالك المنقول عنه بقصد النزول عن ملكيته ، فقد هذه الملكية وأصبح المنقول ليس له مالك ، ومن ثم يجوز لأى شخص أن يملكه بالاستيلاء . مثل ذلك أن يلتقى شخص فى الطريق ، أو فى سلة المهملات لتلقى فى الطريق ، أوراقا أو أشياء أصبحت غير ذات نفع له ، قاصدا بذلك النزول عن ملكيتها (٢) . ومثل ذلك أيضا أن يجوز شخص حيوانا غير أليف فيملكه بالاستيلاء ، ثم يطلقه متخليا عن ملكيته فيفقددها ، ثم يعود إلى حيازته مرة أخرى فيعود إلى تملكه بالاستيلاء . ومثل ذلك أخيرا الطير والأثرية التى تستخرج من باطن الأرض وتلقى على قارعة الطريق ، كما إذا خسر شخص خندقا فى أرضه أو طهر ترعة أو مصرفا .

ويشترط فى التخلّى الذى يفقد المالك ملكية المنقول أن يكون متوافرا على عنصرين : (١) عنصر مادي ، هو ترك المنقول يخرج من حيازته . (٢) وعنصر معنوي ، هو نية النزول عن ملكية المنقول ، وقد تستخلص هذه النية من الظروف كما هو الأمر فى إلقاء الأشياء فى الطريق أو فى إطلاق الحيوان غير الأليف بعد اعتقاله ليعود إلى حريته . وعلى ذلك إذا ضاع

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١/١٣٠٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يستعمل لفظ «سائبة» بدلا من عبارة «لا مالك له» . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١/٩٤٢ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١/٩٤٠ . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة «لا مالك له» بلفظ «سائبة» ، وذلك «دفعاً للشبهة التى تتبادر إلى الذهن من دلالة السائبة فى الإسلام» ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١/٨٧١ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٨ - ص ١٩٠) . ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان مضمولا به .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى ١/٨٢٩ م (مطابق)

التقنين المدنى الليبى ١/٨٧٥ م (مطابق)

التقنين المدنى العراقى ١١٠٤ م (موافق)

قانون الملكية المقارئة اللبنانية لا مقابل .

(٢) انظر مايلى فقرة ١٠ .

منقول من ماله ، فان المالك لا يعتبر متخليا عن ملكيته ، فهو إذا كان قد فقد حيازته فان ذلك لم يقترن عنده بنية النزول عن الملكية (١) .
 ويفهم من نص المادة ٨٧١ / ٢ مدني ، عن طريق التذليل العكسي ، أن العقار لا يجوز أن يتخلى ماله عنه ، إذ النص مقصور على المنقول .
 فمن تخلى عن عقار ، قاصدا النزول عن ملكيته ، تخلصا من الضرائب مثلا أو من أحكام قانون الإصلاح الزراعي ، فان العقار يبقى بالرغم من ذلك على ملكيته ، فلا يفقد هذه الملكية ، ولا يوثر العقار للدولة .

٦ - كيف يتم الاستيلاء على المنقول الزى ومالكه - نص قانوني :
 تنص المادة ٨٧٠ مدني على ما يأتي :

« من وضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه ، ملكه » (٢) .
 ويخلص من هذا النص أن للاستيلاء أركاناً ثلاثة ، إذا اجتمعت تحقق الاستيلاء وكان سبباً لكسب الملكية :

أولاً - منقول لا مالك له : وقد رأينا فيما تقدم (٣) أن المنقول الذي لا مالك له إما أن يكون كذلك منذ البداية ، أو أن يكون له مالك في أول

(١) وإذا توافر التصرفان المادي والمعنوي في التخل ، أصبح المنقول لا مالك له ، وسقطت ملكية صاحبه . ولا يشترط لسقوط الملكية أن يستول أحد على المنقول ، بل إن مجرد التخل مسقط للملكية (عبد المنعم البدر أوى بقرة ٣٧٢ ص ٤١٥) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٤١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٧ - ص ١٨٨) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٧٩ / ٥٦ : الأموال التي ليس لها مالك تعتبر ملكاً لأول واضح يدها . (وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى التقنين المدني السوري م ٨٢٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٧٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٩٨ / ١ (موافق)

قانون الملكية المقارية اللبناني لا مقابل .

(٣) انظر آتياً بقرة . .

الأمر ثم يتخلى هذا المالك عن ملكيته . ففي الحالتين يرد الاستيلاء على هذا المنقول الذى لا مالك له ، فيكون سببا فى كسب ملكيته لمن وضع يده عليه . ويجب أن يكون المنقول ماديا ، فالمنقول المعنوى لا يرد عليه الاستيلاء . فلو أن شاعرا نظم شعرا ، ولم يرض عنه فألقى الورقة التى كتب فيها هذا الشعر فى الطريق بنية التزول عن ملكيته للورقة وعن حقه للمعنوى فى الشعر الذى نظمه ، فالتقط الورقة عابر فى الطريق واستولى عليها ، فانه يملك بالاستيلاء الورقة وحدها دون الحق المعنوى للشاعر فى شعره . ومن ثم لا يجوز لمن استولى على الورقة أن ينشر الشعر ، وأن يستعمل فى شأنه حتى المؤلف المالى بدعوى أنه كسب هذا الحق بالاستيلاء ، وذلك لأن حق المؤلف المالى منقول معنوى ، وليس منقولاً مادياً حتى يمكن أن يرد عليه الاستيلاء . وقد وقع مثل ذلك فعلا فى فرنسا ، فزق مصور الصورة التى رسمها ولم يرض عنها ، وألقى بها فى الطريق ، فالتقطها أحد المارة . ف قضى بالألا حتى له فى جمع شتات أجزاء الصورة وإعادةها إلى أصلها ويبيعها ، إذ اعتبر بيع الصورة هنا بعد جمع شتاتها نشرا للصورة (١).

ثانيا - وضع اليد على هذا المنقول : وهذا هو العنصر المادى للحيازة . فيجب حتى يتحقق الاستيلاء أن يستحوذ من يريد تملك المنقول عليه ، فيصبح فى قبضة يده ، ويستأثر به دون سائر الناس (٢) .

ثالثا - نية التملك : وهذا هو العنصر المعنوى للحيازة . فيجب إذن على من يريد تملك المنقول بالاستيلاء أن يجمع بين عنصرى الحيازة المادى

(١) محكمة السين المعنية ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ والوز ١٩٢٨ - ٢ - ٨٩ - باريس ٦ مارس سنة ١٩٣١ والوز ١٩٣١ - ٢ - ٨٨ - بلا فيول ودييروبيكار ٣ فقرة ٥٩٢ ص ٦٠٣ هامش ٢ - وأنظر أيضاً محمد على عرفة ٢ فقرة ١٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٧٢ ص ٤١٥ - اسحاق غانم ص ٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٢ - حسن كبيرة ص ٨٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١٠ ص ٢٧٦ - ص ٢٧٧ .

(٢) وتنص المادة ١٠٩٨ مدنى عراق على ما يأتى : ١ - كل من أحرز بقصد التملك منقولا مباحا لا مالك له ، ملكه . ٢ - والإحراز يكون حقيقياً بوضع اليد حقيقة على الشيء ، كحصد الكلا والاحتطاب من أشجار الجبال . ويكون حكماً بقرينة سبب الإحراز كوضع إناء لجمع ماء المطر أو نصب شبكة لصيد .

والمعنوى . فيصبح حائزا للمنقول ، وهذه الحيازة هي عين الاستيلاء . فلو التقط شخص منقولا ملقى في الطريق مدفوعا بعامل الفضول ، ولما تأمله زهد فيه وألقاه ثانية في الطريق ، فانه لا يملكه بالاستيلاء لفقد العنصر المعنوى للحيازة وهو نية التملك . ولما كانت نية التملك واجبة ، فان عديم التمييز كالصبي غير المميز والمحنون لا يستطيع أن يملك منقولا بالاستيلاء ، لانعدام نية التملك المترتب على انعدام التمييز .

ونرى من ذلك أن الحيازة وحدها هنا ، غير مقترنة بأية واقعة أخرى ، تكفى للتملك . ويرجع ذلك إلى أن الشيء الذى يرد عليه الاستيلاء هو منقول لا مالك له كما قدمنا ، فملكه لا يتضمن سلبا للملكية الغير ، ولذلك كانت الحيازة وحدها كافية . أما إذا كان المنقول مملوكا لشخص غير الحائز ، فالحيازة وحدها لا تكفى ، بل يجب أن يقترن بها السبب الصحيح وحسن النية . فاذا كان الشيء عقارا ومملوكا لشخص غير الحائز ، وجب لملكه إلى جانب الحيازة انقضاء مدة التقادم الطويل وهي خمس عشرة سنة ، أو انقضاء مدة التقادم القصير وهي خمس سنوات على أن يقترن بذلك أيضا السبب الصحيح وحسن النية . كذلك فى تملك الثمار بالحيازة ، يجب أن تقترن الحيازة بحسن النية .

وننتقل الآن إلى بعض تطبيقات للاستيلاء ، ورد أكثرها فى التقنين المدنى ، ونميز فيها بين المنقول الذى ليس له مالك منذ البداية ، فنعرض للشيء المشترك ولصيد البر والبحر وللحيوانات غير الأليفة ، وبين المنقول الذى كان له مالك ثم أصبح لا مالك له ، فنعرض للأشياء المتروكة وللكنز وللقطعة (الأشياء الضائعة) وللأشياء الأثرية وللركة التى لا وارث لها .

§ ١ - المنقول الذى له مالك منذ البراءة

٧ - الشيء المشترك : هناك أشياء مشتركة للنفع لجميع الناس ، كالشمس والهواء والبحر . وهى غير قابلة للتعامل فيها ، لاستحالة هذا التعامل .

ولكن قد يصبح التعامل في هذه الأشياء ممكناً من بعض النواحي ،
 فعند ذلك تصبح منقولا ليس له مالك ، ويجوز تملكها بالاستيلاء . (١)
 فأشعة الشمس يمكن أن يحصرها الفوتوغرافي ، والهواء يمكن أن يستعمله
 الكيميائي في أغراضه ، والبحر يمكن أن يؤخذ من مائه ما يصلح أن يكون
 محلاً للملك (٢) ، فكل من الفوتوغرافي والكيميائي ومغترف الماء من
 البحر يملك بالاستيلاء ما أحرزه من كل ذلك بنية تملكه (٣) .

٨ - صير البر والبحر - نص قانوني : تنص المادة ٨٧٣ مدني على ما يأتي :

- (١) بلانيول ودييروبولانجيه ١ فقرة ٢٥٣٩ .
 (٢) كما لو أحرز شخص أو شركة مقداراً من ماء البحر لاستخراج الملح منه ، فانه
 يملك هذا المقدار من ماء البحر (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤١ ص ٢٤٧) .
 (٣) الوسيط ١ فقرة ٢٣٧ - وقد جاء في التفتين المدني العراقي نصوص لا مقابل لها
 في التفتين المدني المصري ، بعضها يتعلق بالماء والكلا والنار (وهي أشياء ثلاثة تشترك فيها
 كل الناس ، وقد تعتبر شيئاً عاماً أو شيئاً مباحاً) ، وبعضها يتعلق بالأشياء المباحة ، كإقتطاع
 الأشجار والأحطاب والأحجار من الجبال المباحة ، وكروعي المواشي في المراعي المباحة .
 ونورد فيما يلي هذه النصوص .
 م ١٠٩٩ : ١ - الماء والكلا والنار مباحة ، والناس في هذه الثلاثة شركاء .
 فيجوز لهم الانتفاع بها ، وإحراز الماء والكلا بشرط عدم الضرر . ٢ - ويعتبر مباحاً
 الكلا الثابت في ملك شخص بغير قصد ، ولكن لماك أن يمنع الغير من الدخول في ملكه .
 ٣ - وللإنسان والحيوان حق الشفة في الماء الذي لم يحجز ، وفي المساق والقنوات المملوكة
 للغير بشرط عدم الضرر .

- م ١١٠٠ : ١ - يجوز لكل شخص أن يقطع من الجبال المباحة ، إذا لم تكن من
 الحطب والغابات المختصة من قديم بأهل القرى والقصبات وأشجاراً وأحطاباً وأحجاراً وغير
 ذلك من المواد التي يحتاج إليها في البناء والوقود وصنع الآلات الزراعية وغيرها من حاجاته .
 ٢ - وإذا وجد داخل حدود قرية مرعى من غير المراعي المختصة من قديم بأهل القرى
 والقصبات ، فيجوز لأهل هذه القرية أن يرعوا فيها مواشيهم ، وأن ينتفعوا بنباته ، من
 غير أن يؤثروا شيئاً من الرسوم . ويجوز لتير أهل القرية ، إن لم يكن مضرراً بأهلها ، أن
 يرعوا مواشيهم في هذا المرعى ، وأن ينتفعوا بنباته ، وفق ما يميزه القانون .

و الحق في صيد البحر والبر واللقطة والأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة (١) .

وندع جانباً القوانين واللوائح الكثيرة التي تنظم الصيد ، فهي تعرض لمسائل تفصيلية تدخل في مباحث القانون الإداري (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدق الجديد . ووافقت عليه المراجعة تحت رقم ٩٤٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٣ - ص ١٩٤) .

ويقابل النص في التقنين المدق السابق المادة ٨٣/٥٩ : يتبع في حقوق الصيد في البر والبحر منطوق اللوائح المخصصة بها .
(وحكم التقنين السابق يتفق مع حكم التقنين الجديد)

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى التقنين المدق السوري م ٨٣١ (مطابق) .

التقنين المدق الليبي م ٨٧٧ (مطابق) .

التقنين المدق العراقي م ١١٠٣ (مطابق) .

: ١١٠٢ م

١ - الصيد مباح براً وبحراً ، ويجوز اتخاذه حرقة . ٢ - وشرط الصيد أن يتمتع الحيوان عن الإنسان بقدرة على الفرار ، ثم يحرمه الصائد بعمله قاصداً صيده .
قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(٢) مثل ذلك لائحة الصيد الصادرة في ٤ أغسطس سنة ١٩١٢ - ومثل ذلك المرسوم بقانون الصادر في ٢١ أبريل سنة ١٩٢٦ والخاص بصيد الأسماك في البحيرات والمياه الداخلية والمياه البحرية وقناة السويس وبالملاحة في البحيرات الداخلة . وقد عدل بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٤٨ ، وبالقانون رقم ٢٨٢ لسنة ١٩٥٣ (بشأن صيد الإسفنج) ، وبالقانون رقم ٢٨٣ لسنة ١٩٥٣ ، وبالقانون رقم ٤١٩ لسنة ١٩٥٣ ، وبالقانون رقم ٥٥٧ لسنة ١٩٥٣ ، وبالقانون رقم ٢٨٣ لسنة ١٩٥٤ ، وبالقانون رقم ٣٥٧ لسنة ١٩٥٤ ، وبالقانون رقم ٧٠٣ لسنة ١٩٥٤ - ومثل ذلك القانون رقم ٢٥٠ لسنة ١٩٥٤ بالإذن لوزير الحربية في منح حق استغلال مرفق صيد الإسفنج بالمنطقة القريبة من المياه البحرية المصرية ، والقانون رقم ٢٩٤ لسنة ١٩٥٦ بالإذن لوزير الحربية في منح حق استغلال مرفق صيد الإسفنج بالمنطقة القريبة من المياه الإقليمية البحرية ، والقانون رقم ٦٨٨ لسنة ١٩٥٤ بالإذن لوزير الحربية في منح حق استغلال صيد الأسماك والحمار والبط والأوز والسمان ببعض البحيرات بمورسميد - ومثل ذلك المرسوم بقانون الصادر في ١٠ مايو سنة ١٩٤٦ بتقرير بعض المخططات على صيد الأسماك ، المعدل بالقانون رقم ٢٣٣ لسنة ١٩٥٣ - ومثل ذلك المرسوم الصادر في ٢١ يونيو سنة ١٩٤٨ بإنشاء مجلس استشارى للصياد - ومثل ذلك القانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٥٣ بحظر صيد بعض الحيوانات البرية .

وهذه التشريعات إنما تنظم حق ممارسة الصيد كهيئة . أما حق تمكك ما يصاد فهذه مسألة من مسائل القانون المدق ، وكذلك حق الصيد باعتباره من متعلقات حق الملكية .

وتبقى الناحية المدنية ، فالطير في الهواء والسماك في الماء منقول لا مالك له منذ البداية ، فيجوز لمن يستولى عليه أن يملكه بالاستيلاء . والاستيلاء هنا هو صيد الطير أو السمك ، فالصائد إذا صاد طيرا أو سمكا وأصبح في قبضة يده ، فقد ملكه .

والأصل في صيد الطير أن حق الصيد في أرض يملكه صاحب هذه الأرض . فإذا كانت الأرض شائعة ، كان لكل مالك في الشيوع حق الصيد فيها ، أما النزول للغير عن حق الصيد فيقتضى رضاء جميع الملاك في الشيوع ^(١) . وإذا ترتب على الأرض حق انتفاع ، فالمنتفع هو الذي يكون له حق الصيد ^(٢) . أما المستأجر للأرض فلا يكون له حق الصيد فيها ، إلا باتفاق خاص ^(٣) . فإذا كان الصيد في طريق عام ، فهو مباح للجميع ، بشرط مراعاة القوانين واللوائح التي تنظم هذا الحق . ولا يجوز ترتيب حق ارتفاع بالصيد ، فحق الارتفاع لا يترتب لمصلحة شخص وإنما يترتب لمصلحة عقار ^(٤) . ولكن يجوز لإيجار حق الصيد ، وتسرى عليه أحكام عقد الإيجار ^(٥) . ويكون لإيجار حق الصيد تبعا لإيجار الأرض ، أو مستقلا عنها . وعلى ذلك يكون للمالك الأرض أن يؤجر حق الصيد فيها مستقلا عن الأرض ذاتها ، فيستبقى لنفسه الانتفاع بالأرض ويؤجر حق الصيد فيها لآخر ، كما له أن يؤجر الأرض لشخص وحق الصيد

(١) نقض فرنسي جنائي ١٩ يونيو سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٧ - ١ - ٢٩٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٣ ص ٦٠٤ .

(٢) أوبري ورد ٢ فقرة ٢٠١ ص ٢٣٥ - وانظر مايل فقرة ٤٩١ في الهامش .

(٣) نقض فرنسي ٣١ أكتوبر سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨ - ١ - ٥٦٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٣ ص ٦٠٤ .

(٤) نقض فرنسي جنائي ٩ يناير دالوز ٩١ - ١ - ٤٨٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٦ ص ٦٠٦ .

(٥) أنظر مايل فقرة ٥٧٤ - وانظر الوسيط ٦ فقرة ١١٢ - وحق الصيد يكاد يكون مثلا فذا لحق يجوز إيجاره ولا يجوز يمه (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٥ ص ٦٠٧ - أنظر مع ذلك نقض فرنسي جنائي ٣ يناير سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعي ١٩٢٥ - ١٠٠ في النزول عن حق الإيجار الجمية) . ويلاحظ في هذا الصدد أن الوقت هو أيضاً يجوز إيجاره ولا يجوز يمه .

لشخص آخر ، وله أخيراً أن يؤجر الأرض ويستبقى حق الصيد لنفسه .
 وإذا أجر صاحب الأرض حق الصيد ، لم يجوز له أن يصطاد بنفسه أو أن
 يسمح لأحد آخر بالصيد ، لأن هذا الحق قد أجره ونزل بذلك عن حق
 الانتفاع به . أما إذا سمح صاحب الأرض بالصيد فيها لآخر ولو بمقابل ،
 فهذا السماح لا يعتبر إجباراً بل عقداً غير مسمى تعهد به صاحب الأرض
 بالأبى يمنع المتعاقد الآخر من الصيد في أرضه ، وهذا العقد غير المسمى
 لا يمنع صاحب الأرض من الصيد في أرضه ، ولا يمنعه أيضاً من السماح
 لأشخاص آخرين بالصيد (١) .

ويتحقق الاستيلاء على الطير بصيده ووقوعه ميتاً ولو في أرض
 الغير وإحرازه . ولكن ليس من الضروري لتحقيق الاستيلاء الإحراز
 المادى للطير ، فالمسلم به أنه يكفي أن يقع الطير ميتاً أو مجروحاً جرحاً
 قاتلاً بحيث لا يستطيع توقي مطاردة كلاب الصيد له ولا يستطيع الفرار
 منها ، فيكون إحرازه أمراً محققاً وشيك الوقوع (٢) . أما إذا كان الطير
 لم يجرح جرحاً قاتلاً وكان يستطيع الفرار ، فقبل إحرازه لا يتحقق
 تملكه بالاستيلاء ، ويجوز للغير أن يستولى عليه فيتملكه . وقد تقوم
 صعوبات عملية فيما إذا اصطاد شخصان طيراً واحداً في وقت واحد

(١) أنظر الوسيط ٦ فقرة ١١٢ ص ١٣٨ هامش ٢ .

(٢) نقض فرنسي ١٧ فبراير سنة ١٨٧٩ دالوز ٨٠ - ١ - ١٢١ - أوبري ورو
 ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٣٦ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٤٦ - بلانيول وريبير ويكار
 ٣ فقرة ٥٩٧ ص ٦٠٩ - حتى لو وقع الطير في أرض الغير فإن الغير لا يملكه (عبد المنعم
 فرج الصلة فقرة ٢٤١ ص ٣٤٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١٠ ص ٢٧٥) . وإذا
 استولى الغير على الطير وهو في هذه الحالة بنية تملكه عد سارقاً ، لأن الصائد أصبح مالكاً
 للطير بالاستيلاء (ديجون ٧ ديسمبر سنة ١٩١٠ بيرييه ١٩١١ - ٢ - ٦٨ - محمد علي عزقة
 ٢ فقرة ١٣ ص ١٧ - عبد المنعم البديوي فقرة ٣٧٢ ص ٤١٤ - ص ٤١٥ - وقارن
 شعاعة فقرة ٢٠٢ ص ٢١٣) .

أو على التعاقب^(١) ، وفيما إذا لم يعثر على الطير بعد وقوعه ثم عثر عليه بعد ذلك ، وكل هذه من مسائل الواقع يبت فيها قاضى الموضوع^(٢) .
والسمك فى الماء ، وسائر الأحياء المائية^(٣) ، هى أيضا متقول لا مالك له ، ويجوز تملكه بصيده ، فىكون سبب كسب الملكية هو الاستيلاء . وينظم الصيد فى البحر والبحيرات والمياه الداخلية لوائح كثيرة متنوعة . ولكن السمك الذى يوجد فى مجارى المياه المملوكة ملكية فردية ، كالترع والمصارف الخاصة والمستنقعات ، لا يعتبر متقولا لا مالك له ، بل هو ملك للمالك مجرى الماء الذى يوجد فيه السمك . ولا يجوز صيد السمك فى مجارى المياه الخاصة إلا باذن أصحاب هذه المجارى ، وإذا صاد شخص هذا السمك دون إذن يعتبر سارقا له^(٤) . ويتحقق الاستيلاء على السمك الذى لا مالك له بصيده ووقوعه فى شبكة الصائد بحيث لا يستطيع الإفلات منها . فإذا تمكن السمك من الإفلات ولم يستطع الصائد إحرازه قبل أن يفلت ، وعاد السمك إلى الماء ، فإنه يعود متقولا لا مالك له ، ويجوز لأى شخص آخر صيده .

٩ - الحيوانات غير الأليفة - نص قانونى : تنص المادة ٢/٨٧١ مدنى على ما يأتى :

« وتعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها ما دامت طليقة . وإذا اعتقل حيوان منها ثم أطلق ، عاد لا مالك له إذا لم يتبعه المالك فوراً أو إذا

(١) فإذا صاد الطير اثنان حل التعاقب ، بأن أطلق الأول حياراً نارياً فأصاب الطير إصابة فائقة ، ثم أطلق الثانى حياراً نارياً آخر فأجهز عليه ، فإنه يكون ملكاً للصائد الأول دون الصائد الثانى ، ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف يقضى بأن الصيد يكون شركة بين الصائدين (بيدان وفوران ٤ ص ٧٨٥ فى الماش - بلانيول وريير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢٤٧) .
(٢) نقض فرنسى ١٧ ديسمبر سنة ١٨٧٩ سيرييه ٨٠-١٦٩ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٧ ص ٦٠٩ .

(٣) وكل ما يوجد فى البحر من لؤلؤ وأصداف وأحجار أخرى ثمينة وقواقع ومجارى وغير ذلك .

(٤) نقض فرنسى جنات ١٢ يناير سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠١ - ١ - ٣٣٧ - أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٣٩ - ص ٣٤٠ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٤ .

كف عن تتبعه . وماروض من الحيوانات وألف الرجوع إلى المكان المخصص له ، ثم فقد هذه العادة ، يرجع لا مالك له ، (١) .

ويخلص من هذا النص أن الحيوانات الأليفة ، كالدواجن والمواشي والخيول والحمير والبغال والكلاب والقطط والقرود والسنائس وغير ذلك من الحيوانات الأليفة ، لا تعتبر منقولا لا مالك له ، ولا يجوز تملكها بالاستيلاء . فهي عادة يكون لها صاحب يملكها ، ولا تزول ملكيته عنها إلا بانتقالها إلى غيره بسبب ناقل للملكية ، ولا يكون ذلك بالاستيلاء . وإذا ضلت هذه الحيوانات أو تسربت ، فإن صاحبها لا يفقد ملكيتها ، وتسرى عليها أحكام الأشياء الضائعة . وإنما تملك بالاستيلاء إذا تخلى صاحبها عن ملكيتها ، فتصبح عندئذ منقولا لا مالك له ، ومن ثم يكسب ملكيتها من يستولى عليها ، وذلك كالكلاب والقطط إذا تخلى عنها أصحابها .

أما الحيوانات غير الأليفة ، ويدخل في ذلك الحمام والنحل ، كما تدخل الحيوانات التي تعيش طليقة على حالتها الأصلية من الحرية الطبيعية كالغزلان والذئاب والثعالب والطيور ، بل تدخل الحيوانات

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠٢ / ٢ من المشروع التمهيلي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض خلاقات لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٩٤٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/٩٤٠ . وفي لجنة الشيوخ استبدلت عبارة « لا مالك له » بكلمة « سائبة » ، وعبارة « الحيوانات غير الأليفة » بعبارة « الحيوانات المتروكة » وذلك « مادام المقصود بالمتروك هو غير الأليف ، فلا يفهم منها أنها حيوان الغابات آكلة العوم » . ووافقت اللجنة على النص بهذه التعديلات تحت رقم ٨٧١ / ٢ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٨ - ص ١٩٠) .

ولامقابل النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولا بها دون نص ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى التقنين المدني السوري ٢/٨٢٩ م (مطابق) .

التقنين المدني الليبي ٢/٨٧٥ م (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبنانية لا مقابل .

التي تعيش عادة في الغابات كالأسود والنمور والفيلة^(١) ، فهذه جميعا لا مالك لها منذ البداية ، وتبقى كذلك ما دامت طليقة . ومن ثم يجوز كسبها بالاستيلاء ، ويتم ذلك باعتمالها وترويضها واستئناسها . فإذا شيد شخص أبراجا يأوى إليها الحمام ، أو اعتقل غزالا أو طيرا وحبسه في قفص ، أو أحرز أسودا ونمورا وفيلة لتعرض في ملعب من ملاعب « السيرك » ، فانه يملك هذه الحيوانات غير الأليفة بالاستيلاء ، وتبقى ملكا له ما دامت معتقلة غير طليقة .

فإذا أطلق هذه الحيوانات ، أو انطلقت من نفسها بغير علمه أو بالرغم منه ، عادت حيوانات لا مالك لها ، ويجوز لغيره تملكها بالاستيلاء على النحو الذي كان هو قد تملكها به . وذلك مادام لم يتبعها فورا بعد علمه بانطلاقها ليعيد اعتقالها ، أو تتبعها فورا ولكنه كف عن تتبعها يأسا منه أو زهدا فيها فبقيت طليقة . أما إذا تتبعها فورا ، ولم يكف عن تتبعها حتى أسك بها وأعاد اعتقالها ، فان ملكيته لها التي كسبها بالاستيلاء في أول الأمر تبقى ولا تزول ، حتى في خلال الفترة التي كان يتبعها فيها فيها وهي طليقة . ولا يجوز لشخص آخر أن يستولى عليها في هذه الفترة وهو عالم بحالتها ، وإلا عد سارقا لأنه اختلس منقولا مملوكا لغيره .

وإذا روضت هذه الحيوانات حتى أصبحت تألف الرجوع إلى المكان المخصص لها ، كالحمام في الأبراج ، فانها تبقى ملكا لمن استولى عليها ، حتى في الفترة التي تغادر فيها الأبراج وتطير في الهواء ، ما دامت قد ألفت الرجوع إلى الأبراج وما دامت ترجع بالفعل إليها . فإذا فقدت هذه العادة ، ولم تعد ترجع إلى الأبراج ، فإنها تعود طليقة ، وتصيح مرة أخرى منقولا لا مالك له ، ومن ثم يجوز لأي شخص تملكها ثانية بالاستيلاء على النحو الذي سبق بيانه .

(١) بودرى وقال في المواريث ١ فقرة ١٥ - وقارن مادار من المناقشة في هذا الصدد في لجنة مجلس الشيوخ آنفا ص ٢٥ هامش ١ .

٢٥ - المنقول الزى له مالك

١٠ - الأشياء المتروكة : ويقصد بها الأشياء المنقولة التي تركها أصحابها وتخلوا عن ملكيتها زهدا فيها أو تخلصا منها ، وذلك كالأوراق والزجاجات الفارغة والأشياء التي يستغنى عنها فتلقى في سلة المهملات ومخلفات المنازل التي تلقى في صناديق القمامة وبقايا المأكولات التي يتركها الإنسان في قطارات السكك الحديدية وما يقصد الإنسان أن يتخلص منه فيلقيه في قارة الطريق . ويدخل في ذلك أيضا البدرات من النقود الصغيرة ، التي يلتقي بها على الجمهور ليلتقطها في الحفلات والأعراس^(١) . وتسمى هذه الأشياء بالأشياء المتروكة (*res derelictae*) ، لأن صاحبها يتركها بنية التخلي عنها (*derelicto, abandon*) . فالترك إذن ، كما سبق أن بينا^(٢) ، يتكون من عنصرين ، أحدهما مادي وهو التجرد عن حيازة الشيء ، والآخر معنوي وهو نية التخلي عن ملكية الشيء وتركه ليستولى عليه أول إنسان يعثر عليه فيحوزه^(٣) . وعلى ذلك يجب التمييز بين الأشياء المتروكة ، والأشياء التي ليس لها مالك منذ البداية . فالأولى كان لها مالك ، ثم تخلى عن ملكيتها . أما الثانية فلم يكن لها مالك أصلا ، كالطير في الهواء والسماك في الماء والحيوانات غير الأليفة على التفصيل الذي سبق بيانه . ولكن الأشياء المتروكة والأشياء التي ليس لها مالك منذ البداية سواء من حيث الاستيلاء ، فكلاهما يرد عليه الاستيلاء لأنه وقت أن يتم إحرازه والاستحواذ عليه لا يكون له مالك ، إما لأن المالك قد تركه أو لأنه لم يوجد له مالك أصلا . كذلك يجب التمييز بين الأشياء المتروكة ، والأشياء الضائعة (اللقطة) . فالأشياء المتروكة تخلى عنها صاحبها طوعا وعن بيته من أمره ، ففقد ملكيتها . أما الأشياء الضائعة فلم يتخل عنها صاحبها طوعا ، بل هو قد فقدتها بغير إرادته ولم يستطع

(١) لوبري ودو ٢ فقرة ١٦٨ ص ٥٠ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٥ .

(٣) لوبري ودو ٢ فقرة ١٦٨ ص ٥٠ حاشي ٦ .

الثور عليها ، ولعله لا يبرى أنه فقدها ، ولذلك تبقى ملكيتها له ولا تزول إلا بسبب قانوني (١) .

والأشياء المبركة ، على النحو الذى قدمناه ، تصبح منقولا لا مالك له (٢) ، ومن ثم يجوز لأى شخص أن يملكها بالاستيلاء بل يجوز للمالك الأصل نفسه ، إذا بدا له ذلك ، أن يعود فيستولى عليها إذا لم يكن أحد قد استولى عليها من قبل ، وعند ذلك يملكها مرة أخرى ولكن بسبب جديد هو الاستيلاء .

١١ - الكنز - نص قانوني : تنص المادة ٨٧٢ مدنى على ما يأتى :

- ١ - الكنز المدفون أو المخبوء ، الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون للمالك المقار الذى وجد فيه الكنز أو للمالك رقبته .
- ٢ - والكنز الذى يعثر عليه فى عين موقوفة يكون ملكا خاصا للواقف ولورثته (٣) .

(١) أنظر أوبرى دور ٢ فقرة ١٦٨ ص ٥٠ - وانظر آنفاً فقرة ٥ .

(٢) أنظر م ١/٨٧١ مدنى آنفاً فقرة ٥ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٠٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : ١٥ - الكنز المدفون أو المخبوء ، الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون للمالك المقار أو للمالك رقبته . فإذا لم يكن المقار مالك كان المال المذكور لمن وجده ، وعلى كل حال يجب أن يدفع للحكومة الرسم المقرر فى لوائحها . ٢ - والكنز الذى يعثر عليه فى عين موقوفة يكون ملكاً خالصاً للواقف ولورثته . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٤ فى المشروع النهائى ، بعد أن حلفت منه العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى ، فإذا لم يكن للمقار مالك كان المال المذكور لمن وجده إلخ ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التفتين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤١ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩١ - ص ١٩٢) .

ويقابل النص فى التفتين المدنى السابق م ٨١/٥٨ : المال المدفون فى الأرض الذى لا يعلم له صاحب يكون للمالك تلك الأرض . وإذا لم يكن للأرض مالك ، كان المال المذكور لمن وجده ، وعلى كل حال يجب أن يدفع للحكومة الرسم المقرر فى لوائحها . (وحكم التفتين السابق لا يختلف عن حكم التفتين الجديد إلا فى أنه يجعل الكنز لمن وجده إذا لم يكن للأرض مالك . ويلاحظ أنه من النادر جداً ألا يكون للأرض مالك فى مصر ، فقد قدمنا أن مالك الأرض لا يفقد ملكيتها حتى إذا تحمل عنها - أنظر آنفاً فقرة ٥ - وسرى أن الأراضي الصحراوية والأراضي غير المزروعة تعتبر ملكاً للدولة) .

ويخلص من هذا النص أنه يجب أن يتوافر في الكتز شرطان :

(الشرط الأول) أن يكون مدفونا أو مخبوا : فهو إذن مال منقول .
أما المقار المدفون فيكون عادة أثرا من الآثار القديمة (١) ، تسرى عليه الأحكام المتعلقة بالآثار التاريخية لا الأحكام المتعلقة بالكتز . وما دام مدفونا أو مخبوا فإنه يكون متميزا عن الأرض ، فما يوجد من معادن ونفط وأحجار في باطن الأرض لا يكون كتزا ، لأنه جزء من باطن الأرض وليس مدفونا أو مخبوا فيها (٢) . وإذا لم يكن المنقول مدفونا

= ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٨٣٠ : الكتز المدفون أو المخبوء ، الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، تكون ثلاثة أعوام للمالك المقار الذي وجد فيه الكتز ، وخسة لمكتشفه ، والخمس الأخير لخزينة الدولة ، مع مراعاة النصوص الواردة في القوانين والأنظمة الخاصة بالمناجم والآثار .

التقنين المدني الليبي م ٨٧٦ تتكون من ثلاث فقرات ، الفقرتان الأولىان مطابقتان لفقرتي المادة ٨٧٢ / مدني مصري ، والفقرة الثالثة تجرى على الوجه الآتي : « وإذا عثر شخص بمجرد الصدفة على كتز في مال لملك لغيره ، اقتسمه مع المالك مناصفة » . (والتقنين الليبي يقسم الكتز مناصفة بين صاحب المقار ومن كشف الكتز) .

التقنين المدني العراقي م ١١٠١ : الكتز المدفون أو المخبوء ، الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته ، يكون لملك المقار إن كانت الأرض ملكة ، وللولة إن كانت الأرض أميرية ، ولجهة الوقف إن كانت الأرض موقوفة وفقاً صحيحاً . (ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أنه يجعل الكتز الذي عثر عليه في أرض موقوفة لجهة الوقف لا لقوائف وورثته ، ويصرح هذا التقنين بأن الكتز للولة إذا عثر عليه في أرض أميرية) .

قانون الملكية المقارية اللبناني م ٢٣٧ : إن الكتز الذي يثر عليه في الأرض تعود ثلاثة أعوام لصاحب الأرض ، وخمس لمكتشفه ، والخمس الأخير لخزينة العامة ، مع الاحتفاظ بالتقييدات المنصوص عنها في القوانين النافذة والأنظمة المتعلقة بالمناجم والآثار القديمة . (وأحكام القانون اللبناني تطابق أحكام التقنين السوري) .

(١) وقد قضى في فرنسا أنه لا يعتبر كتزا الموزاييك الموجود في باطن الأرض والذي يرجع إلى العهد الروماني (باريس ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٨ - ٢ - ١٩٧ - نقص نرسى ١٣ ديسمبر سنة ١٨٨١ دالوز ٨٢ - ١ - ٥٥ - بلانيول وريبير وييكار ٣ فقرة ٦٠٠ ص ٦١٤) .. ويعد ملكاً لصاحب المقار الذي يمد الموزاييك جزءاً منه (كولان كابتان ودي لا مورانديير ١ فقرة ١١٣٤ ص ٩٢٤) ،

(٢) بلانيول وريبير وييكار ٣ فقرة ٦٠٠ ص ٦١٥ - بلانيول وريبير وبولانييه

أو مخبوءاً ، بل كان ملقاً على سطح الأرض ، فهو ليس بكنز ، ويعتبر شيئاً ضائعاً تسرى عليه أحكام الأشياء الضائعة^(١) . وليس من الضروري أن يكون الكنز مدفوناً أو مخبوءاً في باطن الأرض أو في حائط لبناء قائم ، أى في عقار . بل يجوز أن يكون مخبوءاً في منقول آخر يحتويه ، كما إذا عُثر على مجوهرات أو ذهب أو نقود في درج سرى من أدراج المكتب ، أو على أوراق مالية أو سندات مخبوءة على صفحات كتاب أو سجل قديم^(٢) .

(والشرط الثاني) ألا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته لهذا المنقول : فإذا استطاع شخص أن يثبت ملكيته للمنقول ، وأنه كان قد دفعه في باطن الأرض أو خبأه في مخبأ سرى خوفاً عليه من السطو أو المصادرة أو للطمأنينة على بقاءه محفوظاً ، فإنه لا يعتبر كنزاً ، ويجوز للمالك أن يسترده بدعوى الاستحقاق^(٣) .

ويلاحظ أن الكنز - بهذا التحديد - ليس من البقعة أن يقال إنه منقول لا مالك له . فقد رأينا أن المنقول الذي لا مالك له إما أن يكون لم يملكه أحد منذ البداية ، أو يكون قد ملكه شخص ثم تخلى عن ملكيته . والكنز ليس هذا ولا ذاك ، فهو قد كان له مالك ، ولم يثبت أن هذا المالك قد تخلى عن ملكيته بل الظاهر أنه كان حريصاً عليه عندما دفعه

(١) بلانيول وريبير وييكار ٣ فقرة ٦٠٥ ص ٦١٤ - ص ٦١٥ .

(٢) ألوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٢٤١ هامش ٢٨ - بلانيول وريبير وييكار

٣ فقرة ٦٠٥ ص ٦١٥ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٣٦١ - ولكن لا يعتبر كنزاً المجوهرات والأشياء الثمينة المفقودة مع جثة الميت لاجتماعات دينية أو أدبية ، إلا إذا أصبح الوارث لهذه الأشياء غير معروف ولم تكن أشياء أثرية (بورديو ٢١ مارس سنة ١٨٩٩ سيريه ١٩٠٠ - ٢ - ١٠٣ - ملوق وريينو فقرة ٢١٦ ص ٤٠٧ - ص ٤٠٨) .

(٣) ولا يشترط في الكنز أن يشر عليه بمحض الصدقة ، فقد يتوقع شخص أن يكون في أرض كنز ويسعى للكشف عنه ، فإذا وجده سرت عليه الأحكام المتعلقة بالكنز . كذلك لا يشترط في الكنز أن يكون قديماً وإن كان يظن أن يكون كذلك ، ولكن يصح أن يكون هناك منقول قد دفن أو خبي من عهد قريب جداً ، فإدام أحد لا يستطيع أن يثبت ملكيته لزيادة فهو كنز (ألوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٢٤١ - بلانيول وريبير وييكار ٣ فقرة ٦٠٥ ص ٦١٥ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٣٦١ ص ١١٠٢) .

أو خباؤه . لذلك يبدو أن الكنز لا يصح أن يكون محلاً للاستيلاء (١) ، كما يصح أن يكون محلاً للاستيلاء المنقول الذى لا مالك له ، وإذا كنا نعالج هذه المسألة بين مسائل الاستيلاء ، فلأن الكنز يقرب من المنقول الذى ليس له مالك فى أنه ولو أن له مالكا إلا أن هذا المالك غير معروف (٢) . من أجل ذلك لم تسر على الكنز أحكام الاستيلاء كاماة فى القانون الفرنسى ، ولم تسر أصلا فى القانون المصرى .

أما القانون الفرنسى فيقسم الكنز مناصفة بين مالك العقار الذى وجد فيه الكنز وبين من عثر على هذا الكنز ، فإذا كان من عثر عليه هو نفس مالك العقار فالكنز له كله (م ٧١٦ مدنى فرنسى) (٣) . وفى الحالة الأولى ، إذا قسم الكنز مناصفة ، من عثر على الكنز يملك النصف بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء ، لأن الاستيلاء لا يرد على الكنز (٤) كما قدمنا . وقد رأى المشرع الفرنسى أن الكنز ، ومالكة غير معروف ، يتقاسمه الشخصان اللذان لها شأن به ، وهما صاحب العقار ومن عثر على الكنز . أما من عثر على الكنز ، فلأنه هو الذى كشف عنه وقد

(١) قرب كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١١٢٣ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٣٢٦٥ - وانظر أنسيكلويدى دالوز ٢ لفظ occupation فقرة ٢٢ وفقرة ٣٠ .

(٢) قارن محمد على عرق ٢ فقرة ١٨ ص ٢٧ - ص ٢٨ .

(٣) وقد يكون هذا الحكم ، من بعض الوجوه ، أعدل من الحكم الذى ورد فى التقنين المدنى المصرى . فهو يعطى لمن عثر على الكنز ، إذا لم يكن هو مالك العقار ، نصف الكنز ، إذ هو الذى كشف عنه ولولا هذا الكشف لكان محتملا أن يبقى الكنز مخبئا لا يدرك به أحد . هذا إلى أن إعطاء نصف الكنز لمن عثر عليه يشجعه على أن يعلن كشفه للكنز ، أما إذا لم يكن له نصيب فيه بهذا المقدار فيغلب أن يكتم أمر كشفه إذا استطاع إلى ذلك سبيلا ، ليستأثر به وحده ، وإن عد فى هذه الحالة سارقا .

(٤) أنظر عكس ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٧ ص ٦١٦ .

كان قبل ذلك مدفونا أو مخبوءا (١) . وأما صاحب العقار ، فلأن هناك احتمالا أن يكون مالك الكنز هو أحد أجداده إذا كان يملك العقار من مدة طويلة ، وإلا فهناك احتمال آخر أنه كان يعثر على الكنز وهو موجود في عقاره لو لم يسبقه من عثر على الكنز فعلا . وفي الحالة الثانية ، إذا عثر على الكنز مالك العقار نفسه فتملكه كله ، فهو يملكه لا بحكم الالتصاق فهذه ليست حالة من حالاته ، ولا بحكم الاستيلاء فالكنز لا يحسب أن يكون محلا للاستيلاء كما قلنا ، ولكن بحكم القانون (٢) . فقد رأى المشرع الفرنسي أن صاحب الشأن في الكنز هو صاحب العقار وحده ، فهو الذي يملك العقار ، وهو الذي عثر على الكنز ، ومن ثم لا يوجد أحد يزاحمه فكان له الكنز كله (٣) .

وأما القانون المصري فقد أغفل جانب من عثر على الكنز أصلا ، فلم يجعل له أى نصيب في الكنز . وقد يفسر ذلك بأن من عثر على الكنز إما أن يكون قد عثر عليه مصادفة ، أو بناء على تكليف المالك إياه بالبحث . فإن عثر عليه مصادفة ، فليس له فضل في العثور عليه ولا يستحق شيئا من أجل ذلك ، وهو لا يستطيع أن يملك الكنز بالاستيلاء إذ الكنز لا يصح أن يكون محلا للاستيلاء كما قلنا . وإن عثر عليه بناء على تكليف

(١) ويكنى العثور على الكنز أن يكشف عنه الشخص ولولم يستحوذ عليه ، بل ولو كشف عن بعض الكنز لا عنه كله ، ولولم يكن قد أدرك لأول وهلة أن الذي كشف عنه هو كنز (ديمولوب ١٣ فقرة ٥٤ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤١ - ماري ورينو فقرة ٤١٦ ص ٤٠٩) . ولو أن طائفة من الهال كانوا يحفرون معا ، وكشف أحدهم عن كنز وهو يحفر ، لا يعتبر أنه هو وحده الذي عثر على الكنز (ديمولوب ١٣ فقرة ٥٥ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤١ - كولان وكابيتان ودي لاموراندير ١ فقرة ١١٣٤ ص ٩٢٣) .

(٢) أنظر عكس ذلك بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٦ - بلانويول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٣٣٦٤ .

(٣) أقول إن مالك العقار يملك نصف الكنز باعتبار أنه هو الذي عثر عليه ، ويملك النصف الآخر باعتبار أنه هو مالك العقار ، وهو يملك كلا من النصفين بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء ولا بحكم الالتصاق .

المالك إياه بالبحث ، فهو إنما كان يعمل لحساب المالك ، ومن ثم لا يكون له حق في الكتز ، والمالك يجزيه طبقاً لما عسى أن يكون قد تم بينهما من اتفاق ، أو يرجع هو على المالك بدعوى الإثراء بلا سبب (١) .

وما دام القانون المصرى قد أغفل جانب من عثر على الكتز ، فلا يبقى أمامه إلا مالك العقار الذى وجد فيه الكتز . وعلى ذلك جعل القانون المصرى الكتز كله لهذا المالك ، سواء كان هو الذى عثر على الكتز أو كان شخص آخر هو الذى عثر عليه . فإذا كان هو الذى عثر على الكتز فإنه يملكه ، لا لأنه هو الذى عثر عليه فقد قدمنا أن من عثر على الكتز لا حق له فيه ، ولا لأنه تملك الكتز بالاستيلاء فقد قدمنا أن الكتز لا يصح أن يكون محلاً للاستيلاء . وإنما يملكه بحكم القانون وحده (٢) ، فقد رأى المشرع المصرى أنه ما دام لا يوجد أحد يستطيع أن يثبت ملكيته للكتز فأولى الناس بالكتز هو صاحب العقار ، فقد وجد الكتز فى عقاره ولا يستطيع أحد أن يدعى على الكتز حقاً أقوى من حقه . وإذا كان غير المالك هو الذى عثر على الكتز ، فإن الكتز كله يكون مع ذلك للمالك وحده . فمن عثر على الكتز ، مصادفة أو بعد بحث ، لا يكون له حق في الكتز على الوجه الذى بسطناه . ولا يبقى إذن إلا صاحب العقار يملك الكتز

(١) أما في القانون الفرنسى حيث يكون لمن عثر على الكتز نصفه كما قلنا ، فيصح أن أن يكون هذا الأخير قد بحث عن الكتز وبذل جهوداً في ذلك . فإن كان ذلك بتكليف من المالك ، فإنه يكون قد عمل لحسابه ، وليس له حق في الكتز . وإن قل ذلك بشتر تكليف من المالك ، فإنه يكون متديناً إذ بحث في أرض المالك دون إذنه ، فأولى ألا يكون له حق في الكتز . ولكن يقع أن يكون قد بحث دون تكليف من المالك ولكن على رغبة مشروع ، كأن يكون صاحب حق انتفاع في الأرض أو يكون مستأجراً لها . وينبغي بمضى الفقهاء إلى إصطائه في هذه الحالة الحق في نصف الكتز لأنه لم يكن يعمل لحساب المالك ، وهو أولى بنصف الكتز من شخص عثر عليه مصادفة دون بحث حيث يكون له النصف بحكم القانون (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٨) .

وأما في مصر ، فصاحب حق الانتفاع أو المستأجر ، إذا عثر على كتز مصادفة أو بعد بحث ، فليس له أى حق فيه ، والكتز كله للمالك الرقبة ، وذلك بصريح النص (م ٨٧٢/١ ملخ).

(٢) إسماعيل غانم ص ٤٨ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٤٤ ص ٣٥٢ - منصور

مصطفى منصور فقرة ١١١ ص ٢٧٩ - ص ٢٨٠ .

كله وحده ، ولا يأخذ من عثر على الكنز شيئاً إلا ما يتبرع به له المالك ، أو ما يتفق معه عليه ، أو ما تحوله له دعوى الإثراء بلا سبب (١) .

وإذا كان على العقار حق انتفاع لشخص أو حق حكر أو كان لها مستأجر ، وعثر شخص على كنز في العقار ، فإن الكنز لا يكون لصاحب حق الانتفاع ولا للمحتكر ولا للمستأجر ، لأن الكنز لا يعتبر ثماراً حق يملكها هؤلاء (٢) . ويكون الكنز كله للمالك الرقبة في حالة صاحب

(١) ومالك العقار الذي يكون له الكنز هو المالك وقت العثور على الكنز . فلو أن قاصراً باع أرضاً بثمن ليس فيه غبن ، وفي اليوم التالي لبيع عثر المشتري على كنز في الأرض ، فهو له لا للبائع القاصر . ولا يستطيع البائع القاصر أن يتسكك بأن هناك غبناً في البيع ، فهو لم يبع إلا الأرض ولم يبع الكنز ، وليس هناك غبن فيما يتعلق ببيع الأرض (بودرى وقال في المواريث ١ فقرة ٦٢ - Jacques - ص ١٠٢ - ص ١٠٣ - أنسيكلوبيدي دالوز • لفظ Trésor فقرة ٢١ - أنظر عكس ذلك باريس ٢٧ أبريل سنة ١٨٦٨ سريه ٦٨ - ٢ - ١٤١) .

وإذا باع المالك الأرض وعثر المشتري على كنز فيها ، ثم أبطل البيع أو فسخ ، فهناك رأى يذهب إلى أن الأثر الرجعي للإبطال أو لفسخ يحصل للأرض لم تخرج أصلاً عن ملكية البائع ، فكان هو المالك وقت العثور على الكنز ، ومن ثم يكون الكنز له (ديمولومب ١٣ فقرة ٤٦ مكررة - بودرى وقال في المواريث ١ فقرة ٦٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ١٦) . والأولى عدم إعمال الأثر الرجعي - وهو مجرد مجاز قانوني - إلى هذا الحد ، والتسليم بأن المالك ضل وقت العثور على الكنز كان هو المشتري لا البائع ، فيكون له الكنز (أنظر في هذا المعنى Jacques ص ١٠٣ - أنسيكلوبيدي دالوز • لفظ Trésor فقرة ٢٢ : يكون للمشتري في هذه الحالة ، طبقاً لأحكام القانون الفرنسي ، نصف الكنز باعتبار أنه هو المالك والنصف الآخر باعتبار أنه هو الذي عثر على الكنز) .

(٢) فهو شيء مستقل عن العقار ، لا هو من ثماره ولا هو من منتجاته (بودرى وقال في المواريث ١ فقرة ٦٣ - بلانويول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٣٦٤ - أنسيكلوبيدي دالوز • لفظ Trésor فقرة ٢٣) . وينبغي على ذلك أنه إذا كان العقار الذي عثر فيه على الكنز مرهوناً ، لم يمتد الرهن إلى الكنز لأنه لا يعتبر من ملحقات العقار المرهون (بودرى وقال في المواريث ١ فقرة ٦٤ - وقارن شفيق شحاته فقرة ٧٦ - فقرة ٢٠٥ ويعتبر الكنز من ملحقات العقار - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٧ ص ٢٧ و فقرة ١٨ ص ٢٧ - ص ٢٨ وص ٢٩ ويعتبر الكنز من توابع العقار وملحقاته - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٧٥ ص ٤١٨ ويعتبر الكنز تابعاً للعقار - حسن كيرة ص ٨٣) - وإذا باع شخص بناءً على أن يهدم المشتري هذا البناء ويأخذهُ أنقاضاً وتبقى الأرض للبائع ، ثم وجد كنز في البناء ، فالكنز للبائع صاحب الأرض لا للمشتري صاحب البناء (ديمولومب ١٣ فقرة ٤٨ - لوران ٨ فقرة ٤٤٨ - كولان وكابيتان ودى لا موراندير ١ فقرة ١١٣٤ ص ٩٢٤ - عكس ذلك بودرى وقال في المواريث ١ فقرة ٦١) .

نقن الانتفاع ، أو للمحكر في حالة صاحب حق المحكر ، أو للمالك في حالة المستأجر . ونص التفتين المدني صريح في هذا المعنى ، إذ تقول المادة ٨٧٢ / ١ مدني سائلة الذكر : « الكثر ... يكون للمالك العقار الذي وجد فيه الكثر أو للمالك رقبته » . ويسرى هذا الحكم ، ويكون الكثر كله للمالك الرقبة أو للمحكر أو للمالك ، حتى لو كان من عثر على الكثر ، مصادفة أو بعد بحث ، هو صاحب حق الانتفاع أو المحكر أو المستأجر (١) ، فقد قلنا أن العثور على الكثر لا ينحول من عثر عليه ، في القانون المصري ، أي حتى في الكثر .

وإذا كان العقار الذي عثر فيه على الكثر عيناً موقوفة (٢) لا مالك لها ، فالكثر يكون لمن كان مالكا للعقار عند وقفه ، وهذا المالك لا بد أن يكون هو الواقف ، وهو لا يمكن أن يكون قد وقف الكثر ، فبقى على ملكه . ومن ثم يكون الكثر كله للواقف إذا كان لا يزال حياً ، أو لورثته إذا كان قد مات (٣) .

وإذا كان العقار ملكاً للدولة ، سواء كانت ملكيتها للعقار ملكية عامة أو ملكية خاصة بما في ذلك ملكية الأراضي غير المزروعة والأراضي الصحراوية ، فالكثر يكون هنا أيضاً للمالك ، ومن ثم يكون الكثر كله للدولة (٤) .

(١) أو كان حائزاً للعقار حتى لو كان حسن النية (بودرى وفال في المواثيق ١ فقرة ٥٧ ص ٤٥) .

(٢) والوقف هنا يكون وقفاً خيرياً بعد أن ألغى الوقف الأهل .

(٣) استئناف وطني ١٦ ديسمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٢٥ ص ٥٢ - مصر استئنافي ٥ مارس سنة ١٩١٣ الحقوق ٢٨ ص ١١٥ .

(٤) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ١٢ - شفيق شحاتة فقرة ٢٠٦ - وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٨٧٢ مدني يحمل الكثر الذي يثر عليه في أرض لاناك لها ملكاً لمن عثر على الكثر ، فحذف هذا الحكم في لجنة المراجعة (أنظر آنفاً ص ٢٨ هامش ٣ - وأنظر حيد المنهم فرج الصلة فقرة ٢٤٤ ص ٣٥٢ هامش ١) . وهناك رأى يذهب إلى أن الجبال والمغاور لا تعتبر ملكاً للدولة ، فن عثر على كثر في مغارة أو كهف في الجبل أو في الصحراء البعيدة عن العمران ، فإنه يتملكه بالاستيلاء ، ولا يكون الكثر ملكاً للدولة (محمد علي عرفة ٣ فقرة ١٨ ص ٢٨) . ويلاحظ ، إلى جانب أن الكثر لا يصح أن يكون عملاً للاستيلاء ، أن الجبال والمغاور والكهوف والصحراء البعيدة عن العمران شأنها جسيماً شأن الأراضي غير المزروعة وسائر الأراضي الصحراوية ، ملوكة كلها للدولة ، فالكثر الذي يثر عليه فيها يكون ملكاً للدولة .

وإذا عثر على الكنز في منقول ، كان الكنز للمالك هذا المنقول ، سواء كان مالكا للعقار الذى يوجد فيه المنقول أو لم يكن مالكا له (١) .

وقد فرضنا في كل ما تقدم أنه لا يوجد أحد يستطيع أن يثبت ملكيته للكنز ، ولذلك أعطى الكنز للمالك العقار الذى وجد فيه . فإذا وقع أن ظهر مالك الكنز بعد ذلك ، واستطاع أن يثبت ملكيته له (٢) ، فإنه يستطيع أن يسترده من تحت يد مالك العقار بدعوى الاستحقاق ، طبقا للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن . ولا يسقط حق مالك الكنز بالتقادم المسقط ، فإن دعوى الاستحقاق ولو في المنقول لا تسقط بالتقادم . وهناك رأى يفتعبل إلى أن مالك العقار الذى يوجد فيه الكنز يكون قد حاز الكنز وهو منقول بحسن نية معتقدا أنه قد أصبح مالكا له ، ومن ثم تسرى القاعدة التى تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية ، ولكن الكنز يعتبر في حكم المفقود فيكون للمالكه حق استرداده في خلال ثلاث سنوات من وقت فقدته أى من وقت حيازة مالك العقار للكنز (٣) ولكن الرأى الراجح هو أن مالك العقار الذى حاز الكنز لا يمكن أن تكون حيازته بحسن نية لأنه يعلم أو ينبغي أن يعلم أن للكنز مالكا من حقه أن

(١) عبد الممن فرج الصدة فقرة ٢٤٤ ص ٤٥١ .

(٢) ويجوز له الإثبات بجميع الطرق ، وتدخل في ذلك البينة والقرائن (ديمولومب

١٣ فقرة ٣٩ - أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤٣) . كما يجوز لورثة المتعاقبين مالك الكنز أن يثبتوا أن الكنز كان ملكا لمورثهم دفنه أو غيابه منذ زمن طويل ، وقد ألت إليهم ملكيته بطريق التوارث على التعاقب . ولكن لا يمكن في فرنسا حيث لمن عثر على الكنز نصفه أن يثبتوا أن ملكية العقار الذى عثر فيه على الكنز قد ألت إليهم بطريق التوارث ، بل يجب أن يثبتوا ، ليستأثرو بكل الكنز ، أن الكنز نفسه كان مملوكا لمورثهم وأنه هو أيضا انعقار الذى عثر عليه فيه ألت إليهم بطريق التوارث أو الوصية (باريس ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥١-١٤٤- نقض فرنسي ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٥٥ دالوز ١٩٥٦ . Sonm. ٢٧ - وقارن السين أول يونيه سنة ١٩٤٩ دالوز ١٩٤٩ - ٣٥٠ . وكل هذه الأحكام صدرت في قضية شهيرة عرفت بقضية كنز شارع Mouffetard : مازو ٢ فقرة ١٥٨٢ ص ١٢٦٠ - مارك وريغو فقرة ٤١٦ ص ٤٠٧ - كاربونيه ص ٢٧٦ - أنسيكلويدى دالوز • لفظ Trésor . فقرة ١١) .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٦ .

يسرده ، هذا الى أنه ليس لديه سبب صحيح (فيما يتعلق بالقانون المصرى) .
ومن ثم يكون لمالك الكنز أن يسرده من مالك العقار فى أى وقت ،
لا فى خلال ثلاث سنوات فقط ، هذا ما لم يملك مالك العقار الكنز
بالتقادم الطويل^(١) . أما إذا باع مالك العقار الكنز لمشتري حسن النية
فإن المشتري يملكه بالحيازة ، ولا يستطيع مالك الكنز أن يسرده حتى
فى خلال ثلاث سنوات لأن الكنز لا يعتبر مفقودا ولا مسروقا^(٢) .

١٢ - اللقطة (الأشياء الضائعة) : رأينا أن المادة ٨٧٣ مدنى
تنص على أن « الحق فى . اللقطة .. تنظمه لوائح خاصة »^(٣) . واللقطة
هى الشئ الضائع يفقده صاحبه ولا يعثر عليه ، فيعثر عليه شخص آخر
ويلتقطه . وقد قدمنا^(٤) أنه يجب التمييز بين اللقطة والأشياء المروكة ،
فاللقطة ضاعت من صاحبها فقد حيازتها المادية ولكنه لم يتخل عن ملكيتها
فبقى مالكا لها ولا تكون محلا للاستيلاء ، أما الأشياء المروكة فقد تخلى
صاحبها عن حيازتها وعن ملكيتها معا فأصبحت غير مملوكة لأحد .
والقرائن تميز بين اللقطة والأشياء المروكة . فإذا وجد شخص فى قطار
بقايا طعام وزجاجات فارغة ، كان من حقه أن يفترض أن هذه أشياء
مروكة تخلى عنها أصحابها ، بعد أن أصابوا من الطعام كفايتهم وبعد
أن شربوا ما كانت الزجاجات الفارغة تحتويه ، فتسرى أحكام الأشياء
المروكة ويجوز تملكها بالاستيلاء . أما إذا وجد فى القطار حقيبة تدل
الظواهر على أنها لمسافر نسيتها ، فإن القرائن تدل فى هذه الحالة على أن
الحقيبة ليست شيئا متركيا ولم يتخل صاحبها عن ملكيتها ، ومن ثم تسرى

(١) بودرى وقال فى المواريث ١ فقرة ٤٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٨ - محمد
على عرفة ٢ فقرة ١٧ ص ٢٦ - ص ٢٧ - وقرب أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤٤
هامش ٣٩ .

(٢) بودرى وقال فى المواريث ١ فقرة ٤٤ ص ٢٧ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة

٨ ص ١٢ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٨ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ١٠ .

عليها أحكام الأشياء الضائعة ويكون الاستيلاء عليها بنية تملكها في حكم السرقة (١) .

كذلك يجب التمييز بين اللقطة والكثر ، فهما يتفقان في أن كلا منهما لم يتخل صاحبه عن ملكيته ، فلا يعتبر شيئا لا مالك له ولا يكون محلا للاستيلاء (٢) . ويتفقان كذلك في أن كلا منهما ، ولو أن له مالكا ، إلا أن هذا المالك وقت العثور على الشيء غير معروف . ولكنهما يختلفان في أن اللقطة منقول ظاهر أمام الناس ، فهو إما ملق على قارعة الطريق ، أو باد للعيان فوق رف أو على درج ، أو باق في مكانه الظاهر في قطار أو في سيارة للأجرة أو نحو ذلك . أما الكثر فقد قدمنا أنه منقول غير ظاهر للعيان ، فهو إما مدفون أو مخبوء . ويغلب أن يكون الكثر شيئا ثميناً ، ولذلك دفن أو خبيء . أما اللقطة فيحتمل أن تكون محدودة القيمة ، ولكن يحتمل أيضا أن تكون ذات قيمة كبيرة كمجوهرات أو مقدار كبير من النقود . ويغلب من الناحية العملية ألا يعرف المالك الحقيقي للكثر أبداً ، إذ يكون قد دفن الكثر أو خبأه منذ مدة طويلة ولا يعرف ذووه مكانه . أما اللقطة فاحتمال التعرف على صاحبها أقرب ، إذ يكون غالباً قد فقدها منذ مدة قريبة ولم ينقطع عن السؤال والبحث عنها .

ولا يتحقق ضياع الشيء من مالكة إلا إذا خرج من حوزته تماماً ، ولم تعد له سيطرة عليه . فمحفظة النقود التي ينساها صاحبها في منزله لا تكون لقطة ، فإذا عثر عليها أحد الخدم وجب عليه إرجاعها لخدمه ولا حق له في العشر .

ويخلص مما تقدم أن اللقطة منقول له مالك (٣) ، ولذلك لا يصلح أن يكون محلا للاستيلاء كما سبق القول . وإنما عولجت هذه المسألة بين مسائل الاستيلاء ، لأن اللقطة وإن كان لها مالك إلا أن هذا المالك

(١) محمد علي عروة ٢ فقرة ١٦ ص ٢٣ .

(٢) ولكن اللقطة قد ضاعت من صاحبها فلم يد يعرف أين توجد ، أما الكثر فإن صاحبه يعرف بدهاء المكان الذي دفنه فيه أو خبأه .

(٣) قارن بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٢٣٤٤ وقرة ٢٣٥١ .

غير معروف ، فهي تقرب من المقتول الذى ليس له مالك . وهذا هو نفس التبرير الذى قلناه فى معالجة مسألة الكنز بين مسائل الاستيلاء (١) .

ولما كانت اللقطة لا تصلح أن تكون محلا للاستيلاء لأن لها مالكا ، لذلك لا تسرى عليها أحكام الاستيلاء . فمن عثر عليها وأحضرها بنية تملكها لا يملكها ، بل يعتبر فى حكم السارق لأنه يعلم أنها لقطة لها مالك (٢)

وقد رأينا أن المادة ٨٧٣ مدنى تقضى بأن الحق فى اللقطة تنظمه لوائح خاصة . وقد صدرت فعلا لوائح كثيرة وأوامر إدارية تحدد المدة التى تحفظ فى خلالها الأشياء الضائعة ، وتنظم كيفية التصرف فى هذه الأشياء بعد انقضاء هذه المدة ، وحفظ ثمنها لحساب المالك ، ومتى تووّل هذه المبالغ للدولة إذا لم يتقدم أصحاب الأشياء الضائعة لتسلمها .

(١) أنظر آتفاً فقرة ١١ .

(٢) وفى فرنسا توجد قوانين قديمة تنظم ملكية الأشياء الضائعة فى البحر (épaves maritimes) وفى الأنهار (épaves fluviales) وغير ذلك من الأشياء الضائعة (épaves terrestres) . كما توجد قوانين ومراسم تنظم حالات خاصة ، من ذلك الأشياء التى تودع أقلام كتاب المحاكم والضيائع التى تترك فى الجمارك والمنقولات التى يهدى بها إلى أساء النقل والمبالغ التى تبلغ لمصلحة البريد والأمتعة التى تترك فى الفنادق وغير ذلك . وتوجد أيضاً لوائح تنظم ملكية الأشياء الضائعة فى معظم المدن الفرنسية . وتقضى هذه القوانين واللوائح بوجه عام ، فى غير الأشياء الضائعة فى البحر وفى الأنهار التى تووّل ملكيتها للدولة ، بأن من يثر على شيء ضائع يجب عليه التبليغ عنه وإيداعه ، وإلا عُد فى حكم السارق (نقض فرنسى جنائى ٣ يناير سنة ١٨٦٢ دالوز ٦٢ - ١ - ٤٤٢ - جارسون فى التعليقات على التقيين الخنافى جزء أول فقرة ٤١٧ وما بعدها ص ١١٥٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦١٦ ص ٦٢٣) . فإذا لم يعرف صاحب الشيء الضائع فى مدة معينة ، أعطى الشيء لمن عثر عليه . ولكن من عثر على الشيء الضائع لا يملكه بالاستيلاء ، لأن له مالكا وإن كان غير معروف ، فلا يصلح أن يكون محلا للاستيلاء . وإنما يملكه بالتقادم الطويل إذا كان لم يبلغ وعلم يودعه ، بل حبه عنده واستمر حازرا له . فهو إذا كان فى هذه الحالة يعد فى حكم السارق ، فإن هذا لا يمنع من تملكه الشيء الضائع إذ أن السارق يملك الشيء المروق بالتقادم الطويل (بودرى وتيسيه طبعة رابعة فقرة ٨٨٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦١٦ ص ٦٢٣) . أما إذا كان من عثر على الشيء الضائع قد بلغ عنه وأودعه ثم رد إليه بعد انقضاء المدة المحددة ، فإنه يكون فى حكم الحائز للمقتول بمحض نية ، ولما كان المقتول ضائعا فإن المالك يستطيع أن يسترده فى خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦١٥ وفقرة ٦١٦ ص ٦٢٣) .

ونقف من هذه التشريعات عند الأمر العالى الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ ، فهو أهمها وأكثرها شمولاً . ويقضى بأن من يعثر على شئ أو حيوان ضائع يجب عليه أن يبلغ عنه أمام أقرب نقطة للشرطة فى المدن وأمام العمد فى القرى ، وأن يسلمه . فإذا لم يطالب به مالكة ، بيع الشئ فى خلال سنة من تسليمه ، أو الحيوان فى خلال عشرة أيام ، فى المزاد العلنى ، بواسطة الإدارة . ويصح تقصير الميعاد الذى يتم فيه البيع ، إذا كان الشئ الضائع يخشى عليه من التلف . ويكون لمن عثر على الشئ الضائع عشر الثمن ، يتملكه لا بحكم الاستيلاء فإن الشئ الضائع لا يكون عملاً للاستيلاء كما قدمنا ، بل بحكم القانون (١) . وتحفظ الإدارة بباقي الثمن لحساب المالك مدة ثلاث سنوات ، فإذا لم يتقدم المالك فى خلال هذه المدة لتسلمه ، فإنه يؤول إلى الدولة . وإذا آل الثمن إلى الدولة بعد ثلاث سنوات ، فلنما يكون ذلك أيضاً بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء . ولا يصح أن يقال إن مدة ثلاث السنوات هذه هى المدة التى لا يستطيع بعد انقضائها مالك الشئ الضائع استرداده من الحائز حسن النية ، فإن الإدارة تعلم أن الثمن ناتج من بيع شئ غير مملوك للدولة ، فلا يسرى هذا الحكم عليها .

أما إذا احتفظ من عثر على الشئ الضائع به ولم يبلغ عنه ولم يسلمه ، فى خلال ثلاثة أيام فى المدن وثمانية أيام فى القرى ، فإن تشريع سنة ١٨٩٨ يقضى بحرمانه من حقه فى العشر ، وبمقبوبته بغرامة لا تزيد على مائة قرش . وهذا الجزاء إنما هو جزاء على عدم التبليغ عن الشئ الضائع وعدم تسليمه فى الميعاد . لكن إذا ثبت أن من عثر على الشئ الضائع قد احتفظ به بنية تملكه ، سواء كانت هذه النية معاصرة لوقت عثوره على الشئ أو وجدت بعد ذلك ، فإنه يكون فى حكم السارق . وبهذا يقضى الأمر العالى الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ والسابق الإشارة

(١) أنظر قريباً من هذا المعنى كولان وكايتان وميلا مورانهير ١ فقرة ١١٢٦ .

إليه ، فإن المادة الأولى منه تقضى بأن من عثر على الشيء أو الحيوان الضائع ، إذا كان قد حبسه وكان الحبس مصحوباً بنية امتلاكه بطريق اللبس ، تقام عليه الدعوى الجنائية المقررة لمثل هذه الحالة (١) . وهذا لا يمنع من أنه إذا عثر شخص على شيء ضائع واحتفظ به بنية تملكه ، وظل حائزاً له مدة خمس عشرة سنة ، فإنه يتمتع بالتقادم الطويل (٢) . فإذا لم تتكامل مدة التقادم ، جاز لمالك الشيء الضائع أن يسترده من تحت يد من عثر عليه . ولا يستطيع هذا الأخير أن يدفع بسقوط دعوى الاسترداد بانقضاء ثلاث سنوات من وقت ضياع الشيء (م ٩٧٧ ملغى) ، فلذلك لا يجوز إلا إذا كان حائز المتقول حسن النية ولديه سبب صحيح . وهنا حسن النية منتف فإن من عثر على الشيء يعلم أنه غير مملوك له (٣) ، وكذلك واقعة العثور على الشيء الضائع لا تعتبر ميبهاً صحيحاً . ولكن إذا باعت جهة الإدارة الشيء الضائع بالمزاد العلني بعد سنة من تسليمه ،

(١) وقد قضت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) بأنه لا يشترط في جريمة تملك الشيء الضائع أن تكون نية التملك معاصرة للعثور على الشيء ، وإنما يصح أن تنشأ بعد ذلك فتوافر بها أركان الجريمة (نقض جنائي ١٠ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر الجنائية • رقم ٢٠٤ ص ٣٩٥) . وقضت أيضاً بأن جريمة اختلاس الشيء الضائع تستحق ولو لم تكن المدة المحددة للتسليم أو التبليغ قد مضت ، متى وضعت نية التملك (نقض جنائي ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٠ التشريع والقضاء ٤ رقم ٩٥ ص ١١١) . وانظر دائرة النقض في محكمة الاستئناف ٢٦ يونيو سنة ١٩١٥ للمفوق ٣٢ ص ٩٩ .

(٢) وإذا كانت الحيازة عرضية ، كما إذا ترك التزليل بمضى أمتته في الملتحق فيكون صاحب الفندق مودعاً عنده ويكون ملتزماً بموجب عقد الوديعة برد الشيء المودع إلى صاحبه ، فإن هذه الحيازة لا تصلح أساساً لتملك بالتقادم . ولكن يستطيع صاحب الفندق أن يتسلك بالتقادم المسقط ، إذا انقضت خمس عشرة سنة دون أن يطالب مالك الأمتة برد أمتته ، فإن التزام صاحب الفندق بالرد يكون قد سقط بالتقادم (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٢٤٧ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٩ ص ٣١ - وقارن كولان وكايتان ودی لاموراندییر ١ ص ٨٨٥) . ولكن الذي يسقط هنا هي الدعوى الشخصية بالرد ، لا دعوى الاستملاك فإن هذه الدعوى الأخيرة لا تسقط بالتقادم .

(٣) بودري وتيسيه طبعة رابعة فقرة ٨٨٥ - بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٦١٦ - كولان وكايتان ودی لاموراندییر ١ فقرة ١١٣٨ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٩ ص ٣١ - وقرب أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٢٤٧ هامش ٤٩ .

فإن من رسا عليه المزداد يستطيع أن يدفع دعوى استرداد المالك بانقضاء ثلاث سنوات من وقت الضياع . فإذا لم تنقض هذه المدة كان للمالك أن يسترد الشيء الضائع على أن يرد الثمن لمن رسا عليه المزداد ، ويرجع المالك على جهة الإدارة بياقي الثمن الذى أودع لحسابه بعد استئزال العشر الذى دفع مكافأة لمن عثر على الشيء الضائع (١).

١٣ - الأشياء الأثرية : وتنص المادة ٨٧٣ مدنى أيضا ، كما رأينا (٢) ، على أن « الحق فى . . . الأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة » . وكان ينظم الآثار القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ الخاص بالآثار والقانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ الخاص بحماية آثار العصر العربى . ثم ألغى هذان القانونان وحل محلهما القانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١ ، وهو القانون الذى ينظم الآثار الآن فى مصر . وبموجب هذا القانون الأخير يعتبر أثرا كل عقار أو منقول أظهرته أو أحدثته الفنون والعلوم والآداب والأديان والأخلاق وغيرها فى عصر ما قبل التاريخ وفى العصور التالية إلى نهاية عصر إسماعيل ، ويعتبر كذلك كل عقار أو منقول يكتشف فى مصر لحضارة أجنبية كان لها اتصال بمصر فى عصر من العصور المشار إليها . كما أنه يعتبر أثرا كل عقار أو منقول يقرر مجلس الوزراء أن للدولة مصلحة قومية فى حفظه وصيانته ، حتى لو كان يرجع إلى عهد بعد عصر إسماعيل ، بشرط أن يتم تسجيله طبقا للأوضاع التى ينص عليها قانون الآثار . ويعتبر فى حكم الآثار الأراضى المملوكة للدولة التى اعتبرت أثرية بمقتضى أوامر أو قرارات

(١) وكذلك إذا باع المتقول من شرطه لشتر حسن النية ، فإن حق المالك فى استرداد المتقول يسقط بثلاث سنوات ، وإذا استرده فى خلال هذه المدة فقد يلتزم برد الثمن إذا وجد فى حالة من الحالات التى توجب ذلك .

ولا يعتبر شيئا ذاتا حيوان جامع ، فن يكبح جراح حيوان لا تسرى عليه أحكام الأشياء الضائعة ، ولا يأخذ عشر قيمة الحيوان ، وإنما يرجع بدعوى النضالة على صاحب الحيوان . كذلك لا يعتبر شيئا ذاتا الدواجن والحيوانات الأليفة إذا ألفت الرجوع إلى المكان المخصص لها ، فن يستولى عليها فى فترة انطلاقها بنية تملكها أو يستدرج حمام الأبراج بطرق تقليدية ليستولى عليها بعد فى حكم السارق (محمّد عل عرفة ٢ فقرة ١٩ ص ٢٢) .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٨ .

أو بمقتضى قرار يصدره وزير التربية والتعليم بعد الاتفاق مع وزير الاقتصاد ،
وملك الأراضى المملوكة للأفراد التى تنزع الدولة ملكيتها لأهميتها
الأثرية (١) .

ويتبين من ذلك أن الآثار قد تكون عقارا أو منقولا ، فهى بذلك
تختلف . عن الكثر والقطعة اللذين لا يكونان إلا منقولا . وتختلف
عن القطعة فى أن الآثار تكون فى أغلب الأحيان مدفونة أو مخبوءة فى باطن
الأرض ، أما القطعة فتكون كما قدمنا منقولا ظاهرا أمام الناس . وإذا
كانت الآثار تشترك مع الكثر فى أن كلا منهما مدفون أو مخبوء ، إلا أن
الآثار ليست فحسب شيئا له قيمة كالكثر ، بل هى فوق ذلك شئ
من طبيعة خاصة ، فهى نتاج الحضارات المتعاقبة التى توالى على مصر
أو الحضارات الأجنبية التى كان لها اتصال بمصر وتقتضى المصلحة القومية
حفظه وصيانه . ويرى من ذلك أن الأصل فى الآثار أن تكون أموالا
لا مالك لها ، فهى مخلفات العصور الخالية وقد تركها أصحابها إلى غير
مالك . ولكن لما كانت الآثار لها قيمة كبرى ، وأهمية بالغة من ناحية التاريخ
والحضارة والمصلحة القومية ، فلها لذلك لا تترك سائبة بأخذها أول

(١) وتنص المادة ٢ من قانون الآثار على أنه ويجوز فى حكم الآثار الأراضى المملوكة
للولة التى اجبرت أثرية بمقتضى أوامر أو قرارات ، أو بمقتضى قرار يصدره وزير
المعارف المصرية بعد الاتفاق مع وزير الاقتصاد الوطنى .

وقد قضت محكمة النقض بأن كل ورقة أو غامطة إدارية ليست قراراً من هذا القبيل
لا يمكن - فى حلاقة الحكومة بالجمهور - أن تعتبر مغيرة لوصف الأرض ومخرجة لها من
ملك الحكومة الخاص إلى ملكيتها العامة . وإذن فلا يمكن لاختيار الأرض أثرية غير ممكن
اكتسابها بوضع اليد بمضى المدة ، لا مجرد صدور خطاب من مصلحة الآثار باعتبارها كذلك ، ولا وصفها
بأنها أثرية فى قوائم المساحة والتحديد (نقض مدنى ٢١ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم
٢٣١ ص ٦١١) . وقضت أيضاً بأن حكم المادة السادسة من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢
الخاص بالآثار ليس مقصوراً على الأراضى التى تقرر الحكومة بد صدوره أنها أثرية ، بل
يقتضى أيضاً - كما هو صريح نصها - الأراضى التى سبق أن قررت الحكومة ، أى مجلس
الوزراء أو الوزير المنوط به تنفيذ قانون الآثار ، أن لها هذه الصفة . فالقرار الصادر من
وزير الأشغال ، قبل صدور قانون الآثار ، باعتبار أرض معينة أرضاً أثرية يمكنه أن يوجب
عليها حكم المادة السادسة من هذا القانون ، ولو كان القرار المذكور غير مستند إلى قانون
سابق (نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٤ ص ٤٤٠) .

من يستولى عليها تطبيقا لقواعد الاستيلاء ، فقد أخرجها القانون من هذا النطاق ، وقرر من القواعد ما يكفل حفظها وصيانتها حتى تنتقل إلى الأجيال اللاحقة كما وصلت إلينا من الأجيال السابقة . وجعلها القانون في الأصل من الأملاك العامة للدولة ، إلا ما نص على أن يكون ملكا خاصا^(١) . وعلى ذلك خرجت الآثار من أن تكون أموالا لا مالك لها إلى أموال لها مالك ، وهذا المالك هو الدولة في الأصل تملك الآثار مأكية عامة لا ملكية خاصة ، ويجوز أن يملك الأفراد بعض الآثار مأكية خاصة كما سيجيء . فالآثار إذن لا تكون محلا للاستيلاء ، كما لا يكون محلا للاستيلاء الكثر واللقطة فيما رأينا . وكل من يعثر مصادفة على أثر منقول أو عقارى على سطح الأرض أو فى باطنها لا يجوز له الاستيلاء عليه ، ويجب أن يبلغ عنه فى الحال وأن يحافظ عليه حتى تتسلمه الجهة المختصة ، وإلا اعتبر مستوليا على أثر بغير ترخيص ، ووفعت عليه العقوبة المنصوص فى المادة ٣٠ من قانون الآثار . أما إذا كان العثور على الأثر قد وقع فى أرض لم يقرر أنها أثرية ، ولو كانت هذه الأرض مملوكة لمن عثر على الأثر ، فإن الأثر يبقى من الأملاك العامة ، ولمن يبلغ عنه أو يسلمه فى الحال إلى أقرب جهة إدارية أو موظف المصلحة المختصة مكانة تقدرها لجنة خاصة يكون قرارها نهائيا وغير قابل للطعن أمام أية جهة أخرى .

وتنص المادة ٧ من قانون الآثار على أنه « لا يجوز للهيئات أو الأفراد الحفر بحثا عن الآثار ، ولو كانت الأرض مملوكة لهم ، إلا بترخيص يصدر بقرار من وزير المعارف العمومية ، بعد أخذ رأى المصلحة ، وبعد التحقق من توافر الضمانات العلمية والفنية والمالية وغيرها فيهم » .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الآثار ليست جميعها عامة ، بل إن منها ما أنشأه الأفراد أصلا وانتقل بالتوارث إلى من خلفهم مما لا وجه معه لعداها من المنافع العامة ، ومنها ما تملكه بوضع اليد عليه بعد زوال تخصيصه المنافع العامة مما يعتبر من الآثار غير للملكة المحكومة (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٨ ص ١٠٦) .

والآثار التي تعتبر من الأموال العامة ، وهذا هو الأصل فيها كما قلنا ، ترد عليها ، نظرا لصفاتها هذه ، القيود الآتية : (١) لا يجوز هدمها أو نقلها أو تجديدها أو ترميمها أو تغييرها على أى وجه كان بغير ترخيص سابق من وزير المعارف العمومية بعد موافقة لجنة تسجيل الآثار ، ويكون إجراء الأعمال المرخص بها تحت إشراف المصلحة المختصة التي يكون لها أن تباشر في أى وقت على نفقتها ما تراه من الأعمال لازما لصيانة الأثر . (٢) لا يجوز التصرف في الآثار (١) ، ولا الحجز عليها ، ولا ترتيب حقوق ارتفاق تعاقدية على العقار الذي به الأثر ، فلا يجوز فتح منافذ أو مطلات على مبان أو أسوار أو أرض أثرية ، بغير ترخيص من المصلحة المختصة ، وإلا كان لها حق الالتجاء إلى القضاء المستعجل لإزالة ذلك على حساب المخالف ، كما لا يجوز المرور على هذه المباني أو الأسوار أو الأراضي . ويجوز أن ترتب حقوق ارتفاق قانونية (قيود قانونية) إذا كان لا ينشأ عنها ضرر للأثر ذاته . (ثلثا) لا يجوز كسب أى حق على الآثار بالتقادم . (رابعا) لا يجوز أن تنزع للمنفعة العامة ملكية الأراضي أو العقارات التي بها الأثر أو المتاخمة له ، إلا بعد موافقة وزير المعارف العمومية ولجنة تسجيل الآثار (٢) .

وقد حددت المادة ٢٢ من قانون الآثار ، على سبيل الحصر ، الآثار التي تعتبر مملوكة ملكية خاصة ، وهذه هي : (١) الآثار الموجودة وقت العمل بقانون الآثار في المجموعات الخاصة أو في حيازة تجار العاديات .

(١) ولا يجوز تملكها بأي سبب من أسباب كسب الملكية . وقد قضت محكمة النقض بأن انتقال الأثر لا يجوز التباع فيه ، بل يبه وشراؤه باطلان ، والحكومة أن تقاضي من يوجد هذا الانتقال في حيازته مهما كانت جنسية لتسرده منه بغير تمويض نفسه له أو ممن ترده إليه . وليس له أن يحاج بنص المادة ٨٧ مدق (قديم) ، لأن المقرر قانوناً أن أحكام تملك المتقول بالحيازة لا ترد مطلقاً على الأملاك العامة (نقض مدق ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٨ ص ٢١٥) .

(٢) ولا يجوز أخذ سياج أو أثرية أو غيرها من الأراضي أو الأماكن الأثرية ، إلا بترخيص من المصلحة المختصة وتحت إشرافها (م ١٢ من قانون الآثار) .

(٢) الآثار التي تعطى للمكتشف مكافأة له طبقاً لأحكام القانون . (٣) الآثار التي تعطى للحكومة بطريق البذل أو تنصرف فيها بالبيع أو التنازل طبقاً للمادة ٥ من قانون الآثار التي تجيز تبادل الآثار المنقولة المكررة أو بيعها أو التنازل عنها . وذلك بقرار يصدره مجلس الوزراء بناء على طلب وزير المعارف وبعد موافقة المصلحة المختصة . (٤) الآثار المستوردة من الخارج لحساب المستورد ، كالتحف واللوحات الفنية التي ابتدعها فنانون الغرب في العصور الخالية . (٥) آثار العصر المسيحي وماتلاه من العصور إلى نهاية عصر إسماعيل التي توجد في ملك الأفراد ، ويكون قد تم تسجيلها وفقاً للأوضاع القانونية دون أن تنزع الدولة ملكيتها^(١) . (٦) الآثار التي تعرضها المتاحف للبيع مما تستغنى عنه .

هذا وقد أورد قانون الآثار قيوداً متعددة على الملكية الخاصة للآثار تقرررت للمصلحة العامة ، وقد سبق بيانها عند الكلام في قيود الملكية الواردة للمصلحة العامة^(٢) .

١٤ - التركة التي لا وارث لها : إذا مات إنسان ولم يترك وارثاً ،

ففي الشريعة الإسلامية توول تركته إلى بيت المال . وقد قدمنا ، عند الكلام في الأشياء الخاصة المملوكة للدولة^(٣) . أن بيت المال يمثله

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الأمر العالي الصادر في ١٨ ديسمبر سنة ١٨٨١ بإنشاء لجنة حفظ الآثار القديمة العربية قد بين على سبيل الحصر أعمال هذه اللجنة فيما نص عليه في المادة الثانية منه ، والمفهوم من هذا النص أن هذه الأعمال مقصورة على الآثار العامة . وليس في هذا النص ولا في باقي مواد الأمر العالي المذكور ما يفيد أن أعمال تلك اللجنة تتناول الآثار غير المملوكة للحكومة . فإذا حصل أن قامت اللجنة بتسجيل أثر من الآثار غير المملوكة للحكومة ، فإن هذا التسجيل لا يمكن أن يترتب عليه أي - الحكومة قبل صاحب الأثر . أما القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ الخاص بحماية آثار مصر العربي ، فالمفهوم من نصومه أنه يجب لتسجيل الأثر أن يصدر قرار بذلك من وزير المعارف ، وأن يملن هذا القرار لصاحب العقار لكي يترتب عليه حق الارتفاق ، وليكون الإعلان مبدأ لمدة السنة المقررة لسقوط حق المطالبة بالتعويض . وإذا كان قرار التسجيل لم يملن لصاحب العقار ، فلا يبدأ سقوط الحق في المطالبة (نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٨ ص ١٠٦) .

(٢) أنظر الوسيط جزء ٨ فقرة ٤٠٠ .

(٣) أنظر الوسيط جزء ٨ فقرة ٧٩ .

الآن خزنة الدولة ، فتكون التركات التي لا وارث لها ملكا خاصا للدولة . وتؤول التركة إلى الدولة ، لا باعتبارها تركة موروثه ، بل باعتبارها مالا لا مالك له (١) .

وكان مقتضى أن التركة التي لا وارث لها تعتبر مالا غير مملوك لأحد ، أن أموال هذه التركة يجوز تملكها بالاستيلاء ، شأنها في ذلك

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن وزارة المالية ، وإن كانت تمثل بيت المال ، لا تعتبر شرعاً وارثة . لأنه وإن نص شرعاً على أن بيت المال يأتي في الدرجة الأخيرة (العاشرة) من المستحقين للتركة ، فإن معنى ذلك أنه بيت المال يكون أميناً بوضع المال تحت يده ليصرف في مصارفه الشرعية . فإن لم يوجد أحد من الورثة ، تودع التركة في بيت المال على أنها مال ضائع فتصير لجميع المسلمين . وعلى كل حال فإن بيت المال لا يجوز هذه التركة بطريق الإرث (استئناف مصر ٥ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٢١ ص ٢٢٣) . وقد قضت محكمة النقض بأن بيت المال الذي حلت محله وزارة المالية ، وإن عد في المادة ٨٨٤ من كتاب الأحوال الشخصية لقدرى باشا مستحقاً للتركات التي لا مستحق لها ، إلا أنه ليس متبرأ في نظر علماء الشريعة الإسلامية وارثاً . ولما كان إنكار الورثة الذي يستدعي استصدار حكم شرعي يجب أن يصدر من وارث ضد آخر يدعي الورثة (المواد ٣٥٥ - ٣٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة في سنة ١٩٣١) ، وبني ثبت أن بيت المال غير معتبر شرعاً وارثاً ، فإنه لا يصلح خصاً في دعوى الورثة ، ولا يجوز لوزارة المالية بالتخلل إنكار الورثة على أحد من يدعي إنكاراً يستدعي استصدار حكم شرعي ، لأنها أمانة فقط على مال من لاوارث له . ويمكن لمن يدعي استحقاقه مال تحت يدها إثبات وراثته لمتوفى عن ذلك المال بإعلام شرعي (نقض مدني ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة المذكرات - الفوق لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٧ رقم ٥٥) . وانظر آفناً في هذا المعنى نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٤٧ ص ١٠٨٢ - وإنظر استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٣ - ٣ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٨٠ (لا تعتبر التركة شاغرة يستحقها بيت المال إذا كان المورث قد أوصى لأشخاص معينين في الخارج) .

وانظر في النتائج التي تترتب على أن الدولة لا تعتبر وارثاً لمن لاوارث له الوسيط ٨ فقرة ٧٩ - ومن بين النتائج التي تترتب على أن الدولة لا تعتبر وارثاً أنها تستحق التركة التي لاوارث لها الموجودة في مصر ، حتى لو كان صاحب التركة أجنبياً غير مسلم (مستخلص من حكم استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٥٦) . ذلك لأن مال أهل الممة الذين يتوفون بدار الإسلام عن غير مستحق له هو للدولة ، ولو كانت الدولة وارثاً لما وراثت من غير المسلم (الوسيط ٨ فقرة ٧٩ ص ١٥٨) .

شأن الأموال التي تصبح دون مالك بعد أن كان لها مالك من قبل . ولكن
المشرع أخرج التركات التي لا وارث لها من نطاق الاستيلاء ، لأهميتها
وتطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، وجعل ملكية هذه التركات للدولة .
فتملك الدولة ، بمجرد وفاة المالك دون وارث ، تركته ، وذلك قبل
أن تضع بعدها على التركة ، لأنها تملكها بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء .
وقد نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢
بشأن التركات الشاغرة التي تتخلف عن المتوفين من غير وارث على ما يأتي :
« توول إلى الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة بالجمهورية العربية
المتحدة والتي يخلفها المتوفون من غير وارث ، أيا كانت جنسيتهم ،
وذلك من تاريخ وفاتهم »^(١) . وإذا ظهر وارث بعد ذلك ، أو أى
شخص آخر له حق فى التركة كدائن للمتوفى ، فإن له أن يرجع بحقه .
ولكن هذه الحقوق كلها تسقط بالتقادم . إذا انقضت خمس عشرة سنة
من تاريخ الوفاة . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون
سالف الذكر على أن « ينقضى كل حق يتعلق بالتركة . ولو كان سببه
الميراث ، بمضى خمس عشرة سنة تبدأ من تاريخ وفاة المورث . أيا كان
تاريخ علم ذوى الشأن بواقعة الوفاة . ما لم يتخلل هذه المدة سبب من
أسباب وقف التقادم أو انقطاعه » .

(١) ولا يوجه تشريع فى شأن الأشخاص المعنوية التي تحمل دون أن يكون هناك مز
يرتها ويخلفها على أموالها . والواضح أن الشخص المعنوى إذا كان شركة تجارية أو مدنية ،
فأصحاب الأسهم أو الحصص فيها هم الذين قوول إليهم أموال الشخص المعنوى . وإذا كان
جمعية أو مؤسسة ، ولم يوجد فى نظامها ما يبين لمن توول أموالها ، حولت هذه الأموال .
وفقاً للمادة ٢/٦٨ مدنى المحذوفة ، إلى الجمعية أو المؤسسة التي يكون غرضها هو الأقرب
إلى غرض هذا الشخص المعنوى . أما فى فرنسا فهناك نص عام يقضى بأن الأموال التي لا مالك
لها تكون ملكاً للدولة (م ٧١٣ مدنى فرنسى) ، ومن ثم يمكن القول بأن أموال الشخص المعنوى ،
إذا لم يكن قد عين له خلف . تكون ملكاً للدولة (كولان وكابيتان ودى لامورانددير ١ فقرة
١١٣٠ ص ٩٢١) .

ونصبي جميع عناصر التركة ، ويودع حاصل ثمنها بالخزانة العامة (١) لحساب التركة ، حتى تتقرر حقوق ذوى الشأن فيها أو تنتهى مدة سقوط هذه الحقوق بالتقادم وهى خمس عشرة سنة كما تقدم . وفى حالة ظهور مستحق للتركة ، يخصم من نصيبه رسم قدره ١٠٪ من إجمالى الإيراد نظير أعمال الإدارة و ٥٪ من إجمالى الثمن نظير نفقات التصفية ، كما يخصم سائر المصروفات الفعلية الأخرى (٢) .

المبحث الثانى

الاستيلاء على العقار

١٥ - نهى قانونى : كانت المادة ٨٧٤ مدنى تنص على ما يأتى :

« ١ - الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكاً للدولة . »

« ٢ - ولا يجوز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقاً للوائح . »

« ٣ - إلا أنه إذا زرع مصرى أرضاً غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير

(١) فوزارة الخزانة وحدها (أى الخزانة العامة) هى المختصة بذلك ، باعتبار أنها هى بيت المال . وقد قضت محكمة النقض بأن البطيركية ليست جهة حكم ولا جهة لسيطام لم يظهر له وارث ، بل ذلك من خصائص وزارة المالية بصفتها بيت المال . فنصرف البطيركية بتناول النفود وتسليم التركة إلى مطلق المثوفاة ، الذى لا يرثها بحال ، ليلمه لذى الحق فيه ، هو تصرف غير مشروع من أساسه ، ولا يدخل إطلاقاً فى حدود سلطتها باعتبارها شخصاً ممنوياً من أشخاص القانون العام ، وإذن فهى مسئولة عن هذا التصرف باعتبارها شخصاً ممنوياً من أشخاص القانون الخاص (نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٧ رقم ٥٦) .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٧٩ فى الهامش .

ترخيص من الدولة . ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة السنة التالية للملك (١) .

وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها ، فنص في المادة ٨٦ منه على أن « تلغى الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدني ... » . وعلى ذلك تعتبر الفقرة الثالثة والأخيرة من النص سالف الذكر ملغاة ، ولا يبقى من النص قائماً إلا الفقرتان الأوليان .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٨٠/٥٧ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادتين ١٣٠٥ و ١٣٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في المادة ٨٧٤ من التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة من ثلاث فقرات ، ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٩٤٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٣ . وفي لجنة مجلس الشيوخ دار نقاش حول الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها والتي يعتبرها القانون ملكاً للدولة ، فقيل إن هذه الأراضي يجوز تملكها بمجرد زراعتها أو البناء عليها ، بخلاف الأملاك الخاصة للدولة التي لا يمكن تملكها إلا بسبب من أسباب التملك في القانون المدني وهي محصورة في سجلات مصلحة الأملاك الأميرية ، وبخلاف أملاك الدولة العامة فهي غير قابلة للتملك بالتقادم أو التصرف فيها . فالأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها هي الأراضي الموات . . وقد وافقت لجنة مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٨٧٤ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٥ - ص ١٩٩) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٨٠/٥٧ : أما الأراضي غير المزروعة المملوكة شرعاً للبرى ، فلا يجوز وضع اليد عليها إلا بإذن الحكومة ، ويكون أخذها بصفة أبعادية تطبيقاً للوائح - إما كل من زرع أرضاً من الأراضي المذكورة ، أو بنى عليها ، أو غرس فيها غراساً ، يصير مالكاً لتلك الأرض ملكاً تاماً ، لكنه يسقط حقه فيها بعدم استعماله لها مدة خمس سنوات في ظرف الخمس عشرة سنة التالية لأول وضع يده عليها .

(وتتفق أحكام التقنين المدني السابق مع أحكام التقنين المدني الجديد ، فيما يتعلق بالفقرتين الأولى والثانية من نص التقنين المدني الجديد . أما فيما يتعلق بالفقرة الثالثة من هذا النص ، وهي التي حذفت بموجب القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى وجوه الخلاف ما بينها وبين ما يقابلها من نص التقنين المدني السابق فيما يأتي : (أ) أوجب المشروع أن يكون المستول مصرية ، حتى لا يملك أجنبي أرضاً مصرية بهذا الطريق السبل . (ب) بين المشروع بوضوح أن الاستيلاء يترتب عليه

ويقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري م ٨٣٢ - وفي التفتين المدني الليبي م ٨٧٨ - وفي التفتين المدني العراقي م ١١٠٥ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٣٤ - ٢٣٦ (١) .

سأنتك في الحال ، وأن الحصول على ترخيص ليس ضرورياً في الاستيلاء . وهاتان السألتان مثار الخلاف في التفتين الحال (السابق) وإن كان نص هذا التفتين لا يبرر هذا الخلاف ، فأراد المشروع أن يقضى على كل خلاف في هذا الصدد باستعماله ألفاظاً واضحة صريحة .

(ج) ذكر المشروع أن الخمس السنين التي يفقد المستول الملكية بعدم استعمال الأرض في أثنائها ، يجب أن تكون سنين متواليات . فأصبح المستول أقل ترفهاً لفقد ملكيته في المشروع منه في التفتين الحال (السابق) الذي لا يشترط التوالي . ويمكن في المشروع أن يستعمل المستول الأرض ستة كل خمس سنوات حتى لا يتحقق الشرط الفاسخ للملكية ، فإذا لم يبق من الخمس عشرة سنة إلا أربع سنوات دون أن يتحقق الشرط الفاسخ ، أصبحت ملكيته باقية حتى قبل انقضاء الأربع السنوات الباقية لاستحالة تحقق الشرط الفاسخ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٩٧ - ص ١٩٨) .

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٨٣٢ (مطابقة للفقرتين الأولين من المادة ٨٧٤ مصرى . وفيما يتعلق بالفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مصرى الخطوة أنظر ما يقابلها في المواد ٨٢٣ - ٨٣٥ سوري) .

التفتين المدني الليبي م ٨٧٨ (مطابقة للفقرتين الأولين من المادة ٨٧٤ مصرى) .

التفتين المدني العراقي م ١١٠٥ : ١ - إذا ردم حرق جزءاً من البحر باذن الحكومة ،

ملك الجزء المردوم . لكن إذا حصل على الإذن ولم يتم الردم خلال ثلاث سنوات ، بطل الإذن . ويجوز لتغيره أن يردم بعد أن يحصل على إذن لنفسه . ٢ - وإذا كان الردم بغير إذن الحكومة ، صار الجزء المردوم ملكاً خاصاً للدولة ، ويباح للرازم ببطل المثل . فإن لم يقبل ، بيع لمن ترسو عليه المزايدة ، وإذا كان الرازم قد أنشأ أبنية في الجزء المردوم ، فإنه لا يطالب إلا ببطل مثل الأرض دون الأبنية ، وإذا بيع النهار بالمزايدة أخذت الحكومة من ثمن قيمة الأرض وأعطت الباقي للرازم .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٣٤ : إن الإشغال يخول المشغل الأول ، بموجب

رخصة قانونية من الدولة ، الحق في أن يكون مفضلاً على سواء لا اكتساب حق التصرف بالمعارات الحالية .

م ٢٣٥ : إن صاحب حق الأفضلية الذي يثبت ، بعد انقضاء ثلاث سنوات ، أنه فلع الأرض ، أو شيد فيها أبنية ، أو غرس فيها أشجاراً ، أو قام بإصلاحها ، وذلك ضمن الشروط المبينة في الأنظمة الخاصة المتعلقة بأموال الدولة ، يكتسب مجاناً حق تسجيل التصرف في القسم الذي فله أو غرسه أو بنى فيه أو أصلحه . بيد أنه يخسر حق التصرف إذا امتنع بعد التسجيل وفي أثناء المشر السنين التالية ، عن استعمال حقه مدة ثلاث سنوات متوالية

م ٢٣٦ : لا يخول الإشغال اكتساب أى حق كان على عقار سجل في السجل العقارى أو موجود تحت إدارة أملاك الدولة ، ولا على القابات والمعارات المتروكة المرفقة أو الحمية . (والفروق بين القانون اللبناني والتفتين المصرى واضحة) .

وبعد أن صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ يلغى الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني سالف الذكر ، أصبح الاستيلاء على العقار غير جائز . وقد رسم قانون سنة ١٩٦٤ ، ومن قبله القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، طريقة تملك الأراضي الصحراوية .

وعلى ذلك نبحت المسائل الآتية : (١) تحديد الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها فتكون ملكا للدولة . (٢) عدم جواز الاستيلاء على العقار بعد صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ . (٣) كيفية تملك الأراضي الصحراوية طبقا لأحكام القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ثم طبقا لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ . (٤) تملك الأراضي الصحراوية طبقا لأحكام الفقرة الثالثة المحذوفة من المادة ٨٧٤ مدني . (٥) حقوق الغير في الأراضي الصحراوية السابقة على القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ .

١٦ - تحديد الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها فتكون ملكا للدولة :

جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد تحديد هذه الأراضي ما يأتى : « يشمل المال المباح الأراضي غير المزروعة التي ليست ملكا عاما ولا ملكا خاصا ، وذلك كالصحارى والجبال والأراضي المتروكة . وتعتبر هذه الأراضي ملكا للدولة ، ولكنها مملوكة لها ملكية ضعيفة إذ يجوز الاستيلاء عليها » . (١) وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ينظم تنظيمها شاملا العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة ، ويحدد أقسامها المختلفة ، فيعرض لتحديد الأراضي غير المزروعة المشار إليها في المادة ٨٧٤ مدني . وقد سبق أن عرضنا لأهم

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٧ - وانظر في أن أراضي مريوط كانت تعتبر من الأراضي المباحة التي كان يمكن تملكها بتصميمها نقض مدني ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاما جزء أول ص ٣٠٥ رقم ٢٨ - وفي أن الأراضي التي كانت مملوكة أصلا لشركة أراضي المدن والضواحي وتداولها الأيدي لا تعتبر من الأراضي المباحة نقض مدني ٢٢ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاما جزء أول ص ٣٠٥ رقم ٢٩ .

أحكام هذا القانون في صدد الكلام في الدوين الخاص للدولة (١) ، ونعتمد هنا لأحكام هذا القانون التي تتصل بالمادة ٨٧٤ مدني محل البحث .

فقد قسم قانون سنة ١٩٦٤ الأراضي المملوكة للدولة مائكية خاصة أقساما ثلاثة : الأراضي الزراعية ، والأراضي البور ، والأراضي الصحراوية ويجب استبعاد الأراضي الزراعية والأراضي البور ، عند تحديد الأراضي غير المزروعة المشار إليها في المادة ٨٧٤ مدني . أما استبعاد الأراضي الزراعية فواضح ، فهي أراض مزروعة بالفعل ونحن في صدد تحديد أراض غير مزروعة . وكذلك تستبعد الأراضي البور وإن كانت تشترك في كثير من الأحكام مع الأراضي الصحراوية ، لأن المادة ٢ (حرف ب) من قانون سنة ١٩٦٤ تعرفها بأنها « الأراضي غير المزروعة الواقعة داخل الزمام والأراضي المتاخمة الممتدة خارج حذ الزمام إلى مسافة كيلو مترين » . فهي إذن في معظمها أراض واقعة داخل الزمام ، ويبدو أن المادة ٨٧٤ مدني لا تعرض للأراضي الواقعة داخل الزمام إذ أن هذه أراض لا يصدق عليها أنها « أراض لا مالك لها » قبل صدور قانون سنة ١٩٦٤ (٢) . فتبقى إذن الأراضي الصحراوية . وتعرفها المادة ٢ (حرف ح) من قانون سنة ١٩٦٤ بأنها « الأراضي الواقعة في المناطق المتعبرة خارج الزمام بعد مسافة الكيلو مترين المشار إليها في البندين السابقين » . ويبدو أنه ، بعد صدور قانون سنة ١٩٦٤ ، تكون العبرة في تحديد الأراضي المشار إليها في المادة ٨٧٤ مدني بما إذا كانت الأراضي واقعة داخل الزمام أو خارجها (٣) . فالأراضي الواقعة خارج الزمام بعد مسافة الكيلو مترين

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٨٩ - فقرة ٩٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه يبين من الإطلاع على الأمر المال الصادر بتاريخ ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ أن نص المادة الثانية منه أخرج الأراضي الداخلة في زمام البلاد من نطاق الأراضي غير المزروعة التي يجوز تملكها بالاستيلاء . وحكم هذا النص لاشك أنه يجري سواء كانت وسيلة التملك هي الترخيص أو التصرير ، وبذلك لا ينصب التملك بالاستيلاء على الأراضي الداخلة في الزمام أيا كانت وسيلة التملك (نقض مدني ٤ يونيو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٩ ص ٤٦١) .

(٣) وهذا ما قضت به محكمة النقض حتى قبل صدور قانون سنة ١٩٦٤ : أنظر نقض مدني ٤ يونيو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٩ ص ٤٦١ السابق الإشارة إليه .

المشار إليها هي الأراضي التي تدخل في نطاق تطبيق المادة ٨٧٤ مدني ، ويشمل ذلك الصحارى والجبال (١) .

وتنص المادة ٢٢ من قانون سنة ١٩٦٤ على أن « تحدد بقرار من وزير الإصلاح الزراعي وإصلاح الأراضي ، بعد أخذ رأي وزير الأشغال . المناطق التي يجوز أن تباع فيها الأراضي البور والأراضي الصحراوية غير المزروعة لاستصلاحها ، وذلك بعد التحقق من إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه » . فالمناطق التي تباع فيها الأراضي الصحراوية غير المزروعة لاستصلاحها يتوخى في تحديدها إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه ، والأراضي الداخلة في هذه المناطق هي مجال تطبيق قانون سنة ١٩٦٤ .

١٧- حرمان جواز الاستيلاء على العقار بعد صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ : ويؤخذ مما تقدم أنه بعد صدور قانون سنة ١٩٦٤

لم يعد يجوز تملك العقار عن طريق الاستيلاء ، إذ الاستيلاء يفترض أرضاً لا مالك لها ، وقانون سنة ١٩٦٤ يجعل الأراضي الصحراوية مملوكة للدولة ملكية خاصة . وسرى أن هذا القانون يجعل تملك هذه الأراضي بآني عن طريق بيعها بالممارسة إلى الأفراد الراغبين في شرائها لاستصلاحها .

(١) قارن بمعدل حرة ٢ فقرة ٢٠ - وانظر عبد المنعم البداوي فقرة ٣٧٧ ص ٤٢١ (وينبغي إل أن المقصود بالأراضي غير المزروعة هي الأراضي الصحراوية والأراضي الرملية التي تحف ساحل البحر والجبال والأراضي البور غير المزروعة) - إسحاق غانم ص ٥٠ (ويقول إن الرأي الراجح يذهب إل أن الأراضي غير المزروعة تشمل كافة الأراضي غير المزروعة التي تدخل في التوطين الخاص للدولة ، بما في ذلك الصحارى والجبال) - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٦ ص ٣٥٧ (وينبغي إل أن الأراضي غير المزروعة التي ذكرتها المادة ٨٧٤ مدني يراد بها كل أرض غير مزروعة لا تكون مملوكة لأحد من الأفراد ، ولا تدخل في الأموال العامة ولا في أموال الدولة الخاصة ، فهي الأراضي الموات ، كالأراضي المتروكة والصحارى والجبال ، أي أنها الأراضي التي لا تدخل في زمام المدن والقرى . ولا يدخل في هذه الأراضي غير المزروعة طرح النهر ، لأن هذا يعتبر من أموال الدولة الخاصة ويخضع لأحكام مينة) . وانظر مادار من نقاش في لجنة مجلس الشيوخ في شأن الأراضي غير المزروعة التي يعتبرها القانون ملكاً للدولة ، وأنها غير أملاك الدولة الخاصة المحصورة في سجلات مصلحة الأملاك الأميرية ، وأنها هي الأراضي الموات : آنفاً ص ٥٠ هامش ١ .

فلم يعد جائزاً . بعد أن ألغيت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني على مامر ، أن يعمد مصري بدون ترخيص إلى وضع يده على هذه الأراضي ، ويزرعها أو يفرس فيها أو يبنى عليها ، فيتملكها في الحال إذا هو لم ينقطع عن تعبيرها على وجه معين^(١) . وإذا قيل إن الأراضي التي لا يجوز الاستيلاء عليها هي الأراضي الداخلة في المناطق التي يتحقق من إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه^(٢) : وإن الأراضي غير الداخلة في هذه المناطق تبقى محلاً للاستيلاء ، أجب بأن الاستيلاء هنا لا قيمة له من الناحية العملية إذ المفروض أن هذه الأراضي لا يمكن انتفاعها بالرى فهي إذن لا تصلح للزراعة . وحتى لو قيل إنها تصلح للتعمير عن طريق البناء ، فيبقى أنه بعد أن حذفت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني لم يعد ممكناً تملك هذه الأراضي عن طريق التعمير

(١) أنظر في هذا المعنى منصور مصطفى منصور فقرة ١٠٩ ص ٢٧٤ هامش ٢ - كذلك لا يجوز تملكها بالتقادم لأنها ملك خاص الدولة ، وملك الدولة الخاص أصبح لا يجوز تملكه بالتقادم طبقاً لأحكام القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ . وقبل ذلك كان يمكن تملك الأراضي الصحراوية بالتقادم المكسب وفقاً للقواعد العامة (استئناف وطني ١٢ مايو سنة ١٩١٠ الجمعية الرسمية ١٢ رقم ٢٠ ص ٤٠ - استئناف مخطوط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٢٨) ، وفي هذه الحالة لاجابة إلى إذن مجلس الوزراء الذي تستلزمه أحكام الأمر المالي الصادر في ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ (استئناف مصر ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ الجمعية الرسمية ٢٨ رقم ٥٧ ص ٩٢ - وانظر في هذه المسألة محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٨ - شفيق شحاته فقرة ٢٠٨) - وقد قضت محكمة النقض بأن الأراضي المزروعة التي لا مالك لها (م ٥٧ من القانون المدني القديم وم ٨٧٤ من القانون الحالي) كانت كثيرها من أموال الدولة الخاصة تخضع لقواعد التقادم المكسب ، شأنها في ذلك شأن سائر أموال الأفراد حتى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ الذي عدل المادة ٩٧٠ من القانون المدني القائم واصلت حكماً جديداً يقضي بعدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو كسب أي حق عين عليها بالتقادم (نقض مدني ٨ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥٠ ص ٩٨١) . وقارن في هذه المسألة عبد المنعم فرج للصدقة فقرة ٢٤٦ ص ٣٥٦ هامش ٢ (ويذهب إلى جواز تملك هذه الأراضي بالتقادم في الحدود التي استحدثها القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ الخاص بتملك الأراضي الصحراوية . ومهما يكن من أمر ، فإن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ لم يدع مجالاً للشك في أن هذه الأراضي قد أصبحت ملكاً خاصاً للدولة ، شأنها في ذلك شأن سائر أموالها الخاصة ، فتسرى عليها جميع الأحكام المتعلقة بهذه الأموال ، ومنها عدم جواز تملكها بالتقادم) .

(٢) م ٢٢ من قانون سنة ١٩٦٤ سالف الذكر : أنظر آنفاً ص ٥٤ .

وحده . ونرى من ذلك أن الاستيلاء بعد صدور قانون سنة ١٩٦٤ لا يرد على العقار . وإنما يرد على المنقول وحده .

أما قبل صدور قانون سنة ١٩٦٤ . والأدق قبل صدور القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ بتنظيم تملك الأراضي الصحراوية : فانه كان يمكن القول : قبل حذف الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى . إن الأراضي الصحراوية كانت تعتبر من وجه أرضا لا مالك لها . فالفقرة الأولى من المادة ٨٧٤ مدنى تصرح بأنها أراض غير مزروعة « لا مالك لها » : وإذا كانت نفس الفقرة تصرح في الوقت ذاته بأنها « ملك للدولة » : فان هذه الملكية كانت من الضعف بحيث إنها كانت لا تحول دون الاستيلاء على الأرض دون ترخيص وتملكها في الحال إذا أخذ هذا الاستيلاء صورة التعمير . فلم تكن هذه الأراضي إذن بمنزلة الأراضي الداخلة في الزمام والتي تملكها الدولة ملكية خاصة ، بل كانت أرضا مباحة يملكها من يستولى عليها عن طريق التعمير . وقبل أن يستولى عليها أحد ، كانت ملكيتها تسند إلى الدولة ، وهى ملكية أقرب إلى السيادة منها إلى الملكية الحقيقية (١) . ولذلك كان الاستيلاء يرد عليها ، لا فحسب عن طريق التعمير ، بل أيضا عن طريق الترخيص . ومن هنا جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وللاستيلاء على المال المباح طريقان : طريق الترخيص الذى يصدر من الدولة وفقا للوائح المقررة ، وطريق الاستيلاء الحر وشرطه التعمير (٢) » .

(١) قرب عبد المنعم البدر لى فقرة ٣٧٧ ص ٤٢٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٧ - ويلاحظ أنه عند صدور التفتين المدنى الجديد كان تملك الأراضي الصحراوية خاضعا لنظام الترخيص طبقا للأمر السكرى رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ ، الذى مد الصل بأحكامه بالمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ . ولما صدر التفتين المدنى الجديد ، نشب خلاف فيما إذا كانت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من هذا التفتين جعلت الترخيص المقرر بالمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ غير ضرورى فيجوز للأفراد وضع اليد على الأراضي الصحراوية لتصيرها دون حاجة إلى ترخيص من الدولة كما يقضى صريح نص المادة ٣/٨٧٤ مدنى ، أو أن الترخيص بقى ضروريا طبقا لأحكام المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ حتى بعد صدور التفتين المدنى الجديد . وبقي الخلاف -

أما الآن ، بعد أن صدرت القوانين التي تنظم تملك الأراضي الصحراوية وبخاصة قانون سنة ١٩٦٤ ، لم يعد هناك محل للقول بأن ملكية الدولة للأراضي الصحراوية ملكية ضعيفة ، بل هي قد أصبحت كما سبق

سابقاً إلى أن صدر القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، فقررت مذكرته الإيضاحية أن الترخيص بق ضرورياً بالرغم من صدور التقنين المذق الجديد . ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فنظم هذه المسألة تنظيمًا تشريعياً في المادة ٧٥ منه ، وسنود إلى نص هذه المادة مع مذكرتها الإيضاحية (أنظر مايلي فقرة ٢٠) .

هذا وقبل ذلك ، أي قبل صدور الأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ ، كان قد صدر أمر عال في ٢١ مايو سنة ١٨٦٧ بمنح للعربان في بعض الجهات الحق في استغلال الأراضي الصحراوية ، بزارعتها في الشتاء على مياه الأمطار ، مع تحريم التصرف عليهم في هذه الأراضي بالبيع أو الرهن أو التزول عن حق انتفاعهم لغيرهم إلا إذا كانوا قد امتلكوا هذه الأراضي بمقتضى حجب رسمية (أنظر استئناف وطني ٣ ديسمبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٨٧ ص ١١١ - استئناف مصر ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المضافة ٩ رقم ٥٣٧ ص ٩٩٣ - الاسكندرية الوطنية ١٥ يونيو سنة ١٩١٨ الحقوق ٣٥ ص ٧٦ - ٢٣ مايو سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٩ ص ١٠٣ - ٢٠ مارس سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٨٤ ص ١٩٦ - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٢ ص ٣٩ - ص ٤٠) .

ثم صدر بعد ذلك أمر عال في ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ يجعل تملك الأراضي الصحراوية موقوفاً على إتمام إجراءات معينة . وقد أخرج هذا الأمر العالي من نطاق التملك بالطريقة التي رسمها أراضي الجزائر وشاطئ النيل وشواطئ الترع والأراضي الحرة الناتجة من زيادة المساحة وليس عليها أموال مقررة وسائر الأراضي الداخلة ضمن زمام البلاد . وتسم الأراضي الصحراوية بعد ذلك إلى ثلاث درجات : (أ) الأراضي غير المزروعة التي لا يترتب على استغلالها صوبات أو مصروفات جسيمة ، ولا يجوز أن يحل للفرد الواحد من هذه الأرض أكثر من ١٥٠٠ فدان . (ب) الأراضي المألحة والأراضي المستنقعة التي يقتضى إعدادها لزراعة مصروفات كثيرة . (ج) الأراضي المعروقة بالبراري التي يترتب على استغلالها مصروفات باهظة ، فضلاً عن التكاليف التي يقتضيها إنشاء المصارف والجسور وغير ذلك . فأراضي الدرجة الأولى تنق من الأموال مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات ، وأراضي الدرجة الثانية تنق مدة لا تتجاوز ست سنوات ، وأراضي الدرجة الثالثة تنق مدة لا تتجاوز عشر سنوات . ويجرى تملك الأرض الطالبي باستيفاء الإجراءات الآتية : (١) يقدم طلب مكتوب إلى رئاسة مجلس النظار ، مبيناً فيه اسم الحووس الكائن به الأرض المطلوبة والمقدار المطلوب الاستيلاء عليه لتسميره . وتلقى الأولوية للأسبق من الطلبات ، فإن قدم طلبان في آن واحد أعطيت الأولوية للأعزب من جهة الأطيان ، فإن تساوى في القرب يقرع بينهما . أما الأطيان الموطن فيها عربان ، فتلقى لهم بالأولوية متى طلبوها . (٢) يمن مطلوب من مصلحة المساحة لسحب الأرض وتجهيزها وتقديم تقرير بذلك المجلس النظار. (٣) يصدق

القول ملكية حقيقية كملكيتها لسائر أموالها الخاصة ، فللدولة أن تؤجر هذه الأراضي وأن تتبعها وأن تتصرف فيها تصرفها في أى مال تملكه ملكية خاصة . وعلى ذلك أصبحت الأراضي الصحراوية لها مالك هو للدولة ، فلم يعد يجوز تملكها بالاستيلاء .

جلس النظر على الطلب . (٤) تمرد حجة مشتملة على شروط التملك . (٥) تسلم الأرض للطلاب بمعرفة متعوب المديرية - أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢ ص ٣٧ - ص ٣٩ . . والى يستخلص مما تقدم أن الأمر المالى الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ إنما ينظم تملك الأراضي الصحراوية للأفراد عن طريق الترخيص لهم فى الاستيلاء عليها ، فيستكونها ، لا بالشراء لأنهم لا يدفعون ثمناً (وإنما يدفعون رسماً فى مقابل مسح الأرض وتعديدها) ، ولكن بالاستيلاء المرخص فيه من الحكومة ، وذلك بقصد تسخير هذه الأراضي . ولذلك أضيفت الأراضي ، كما رأينا ، من الأموال الأميرية ، لحد متباعدة بحسب درجة الأرض ، حتى إذا تم تسخيرها فى خلال هذه المدة فرضت عليها الأموال . قارن مع ذلك عهد على حرفة ٢ فقرة ٢٢ . ويتم تملك الأرض أى الاستيلاء عليها بتحرير اخبة وتسليم الأرض للطلاب ، ولو كان التملك بطريق الشراء لكان يمكن تقابل الإيجاب والقبول ، أى تقديم الطلب وتصديق مجلس النظر عليه ، وذلك قبل تحرير الحجة وتسليم الأرض . أنظر فى أن الطالب لا يحق له التمسك بقرار مجلس النظر الذى هو محل داخلى للحكومة يجوز للدول عنه وسحبه ، مادام هذا القرار لم يقبه تحرير الحجة وتسليم الأرض : استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٩٧ - ٢٨ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٠ - ٩ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٤ : - ٦ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٧٣ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٥٦ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٣ - الاسكندرية الابتدائية المخططة ٣ أبريل سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ١٠٥ ص ٣٠٨ - الطوائف ١٤ مارس سنة ١٩١٨ الشرائع ٥ رقم ٨٦ ص ٣٨٠ - وقارن مصر الابتدائية الوطنية ٢٩ أغسطس سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ٢٦٩ - ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الترخيص هنا تصرف قانونى يجب شهره لكونه من التصرفات النافذة للملكية ، وفقاً للمادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى (عهد المنع البدائى فقرة ٣٧٨ - إساعيل غانم ص ٥٠ - عهد المنع فرج الصند فقرة ٢٤٧ ص ٣٥٩) .

وبقى الأمر المالى الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ ممولاً به إلى أن صدر الأمر السكرى رقم ٩٢ لسنة ١٩٤٠ المشار إليه فى صدر هذه الخاطبة ، وقد عد العمل بهذا الأمر السكرى كافياً لتسليم المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ . ثم صدر القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، وصدر به ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ وهو القانون المسئول به فى الوقت الحاضر .

١٨- كيفية ملك الأراضي الصحراوية طبقا لمعلومات القانون رقم ١٢٤

للسنة ١٩٥٨ تم طبقا لمعلومات القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ رأينا^(١) أن الفقرة الثانية من المادة ٨٧٤ مدني تنص على ما يأتي : « ولا يجوز تملك هذه الأراضي (الأراضي الصحراوية) أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقا للوائح » .

وقد صدر فعلا القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ينظم تملك الأراضي الصحراوية . وقد سبق أن عرضنا لهذا القانون في صدد الكلام في القيود التي ترد على الحق في التملك^(٢) ، ونعرض له هنا في إيجاز باعتبار أنه كان قانونا ينظم حق الأفراد في تملك الأراضي الصحراوية . وقد بدأ في مادته الأولى بأن يحظر على أي شخص أن يملك بأى طريق كان ، عدا الميراث ، عقارا كائنا باحدى المناطق المعتبرة خارج الزمام ، وهذه هي بوجه عام الأراضي الصحراوية . ثم أتى بعد ذلك باستثنائين . أجاز في الاستثناء الأول منهما لوزير الحربية أن يحدد بقرار منه مناطق معينة لا يشملها الحظر ، فيجوز للأفراد أن يملكوا الأراضي الصحراوية الداخلة في هذه المناطق . ويبدو أنه كان يجوز للأفراد ، بالنسبة إلى هذه الأراضي التي استثنيت من الحظر ، أن يملكوها بالاستيلاء عن طريق التعمير طبقا لأحكام الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني التي لم تكن قد ألغيت بعد^(٣) . والاستثناء الثاني خاص بالمناطق التي لم تستثن من الحظر ، فيجوز لوزير الحربية حتى في هذه المناطق الترخيص للأفراد في تملك الأراضي . وتقضى المادة الثالثة من القانون بأن يعتبر باطلا كل تصرف يقع مخالفا لهذه الأحكام . ولم يكن للقانون أثر رجعي . فبقى الملاك السابقون محتفظين بحقوقهم المكتسبة .

(١) أنظر آتفاً فقرة ١٥ .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٤١٥ .

(٣) أنظر في هذا المعنى إسماعيل غانم ص ٥١ هامش ١ - عبد المنعم فرج الصده فقرة

ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ يلغى القانون السابق ، ويحل محله ، وهو القانون المعمول به في الوقت الحاضر . ويقضى بأن تكون الأراضي الصحراوية كلها ملكا خاصا للدولة ، ولا يجوز لأحد تملكها بالاستيلاء . وإنما يملكها الأفراد لاستصلاحها في المناطق التي يكون محققا إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه ، بطريق الشراء ممارسة من الدولة . فقد نصت المادة ٢٣ من هذا القانون بأنه « يجوز لوزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضي أن يرخص في التصرف في مساحات من الأراضي البور والأراضي الصحراوية غير المزروعة ، يبيعها بطريق الممارسة إلى الأفراد الراغبين في شرائها لاستصلاحها ، في حدود عشرين فدانا من الأراضي البور أو خمسين فدانا من الأراضي الصحراوية بالنسبة إلى كل مشر ، وذلك بالشروط الآتية : (١) أن يكون المشتري متمتعاً بمجنية الجمهورية العربية المتحدة ، بالغاً سن الرشد ، من ذوى السمعة الحسنة ، لم يسبق الحكم عليه بعقوبة جنائية أو بالحبس في جريمة مخلة بالشرف مالم يكن قد رد إليه اعتباره . (٢) أن يتعهد المشتري باستصلاح الأراضي المبيعة وزراعتها خلال سبع سنوات بالنسبة إلى الأراضي البور ، وخلال عشر سنوات بالنسبة إلى الأراضي الصحراوية ، وذلك من تاريخ تسليم الأرض إليه . وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد البيع بالممارسة ، وتقدير الثمن ، وشروط أدائه ، ومدته ، وفوائده ، وسائر أحكام البيع الأخرى » . وإذا لم يقيم المشتري باستصلاح الأرض وزراعتها في خلال المدة المحددة ، اعتبر عقد البيع مفسوخا من تلقاء ذاته دون حاجة إلى تنبيه أو إغذار أو حكم قضائي ، ويلزم المشتري الذى انفسخ عقده بأداء الأجرة المناسبة عن تلك الأرض عن المدة السابقة اعتبارا من تاريخ تسليمها إليه ، ويستترل من قيمة هذه الأجرة ما أداه المشتري أقبل الفسخ من ثمن وفوائد . كما يلزم المشتري الذى انفسخ عقده بتسليم الأرض بما عليها من منشآت ثابتة إلى الحكومة ، دون أن يكون له الحق في المطالبة بأية تعويضات عنها . وفي خلال المدة التي يستصلح فيها المشتري الأرض ، لا يجوز له التصرف فيها لأحد .

فاذا ما أتم استصلاحها في خلال الميعاد المقرر ، جاز له أن يتصرف فيها . ويكون التصرف في هذه الحالة إلى صغار الزراع الذين تكون حرفتهم الزراعة أو الرعى أو الصيد باعتبارها مورد رزقهم الرئيسي ، وبشرط ألا يكون مجموع الأرض المتصرف فيها لكل واحد منهم وما يملكه هو وزوجته وأولاده القصر على عشرة أفدنة من الأراضي الزراعية والبور والأراضي الصحراوية المستصلحة . كذلك يجوز الترخيص في بيع مساحات تجاوز العشرين فدانا من الأراضي البور أو خمسين فدانا من الأراضي الصحراوية غير المزروعة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة ، بشرط أن تم استصلاح ما تشتريه من الأراضي وزراعتها خلال عشر سنوات من تاريخ تسليمها إليها ، وإلا انفسخ عقد البيع على النحو الذي يبناه فيما تقدم . ولا يجوز لهذه الأشخاص الاعتبارية التصرف في الأراضي التي تشتريها إلا بعد أن تم استصلاحها وزراعتها ، ويكون التصرف في هذه الحالة إلى صغار الزراع بالشروط المبينة فيما قدمناه .

ويجوز للدولة أن تعهد إلى أشخاص اعتبارية عامة أو خاصة في استصلاح الأراضي الصحراوية وتعميرها وزراعتها ، وفقا لبرامج التنمية ومخططاتها . فاذا ماتم استصلاح هذه الأراضي ، وزعت على صغار الزراع وخريجي المعاهد الزراعية ، بحيث يختص كل منهم بملكية جديدة لا تقل عن أربعة فدان ونصف ولا تزيد على سبعة أفدنة ونصف تبعا لجودة الأرض والحالة الاجتماعية للمتفع . ويجب توافر شروط معينة فيمن توزع عليهم الأراضي الصحراوية المستصلحة ، وتكون الأولوية في توزيع هذه الأراضي وفقا لترتيب معين . وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد تقرير ثمن الأراضي المستصلحة ، وشروط أداء هذا الثمن ، ومدته ، وفوائده ، وسائر أحكام التوزيع .

ولوزير الحربية ، بعد أخذ رأي وزير الإصلاح الزراعي وإصلاح الأراضي ، أن يحدد بقرار منه المناطق التي يحظر فيها تملك الأراضي الصحراوية ، لأغراض عسكرية . ويجوز نزع ملكية الأراضي الصحراوية أو الاستيلاء عليها استيلاء مؤقتا ، إذا اقتضت ذلك دواعي المحافظة على سلامة الدولة وأمنها القومي الخارجي أو الداخلي . وتحدد اللائحة التنفيذية

الإجراءات التي تتبع في نزع ملكية الأراضي الصحراوية والاستيلاء المؤقت عليها ، ويتقاضى أصحاب هذه الأراضي تعويضاً عينياً أو نقدياً (١) .

وبعد أن بين قانون سنة ١٩٦٤ الأحكام التي تسرى في تملك الأراضي الصحراوية على النحو الذي قدمناه ، نص في المادة ١/٤٧ منه على أنه « لا يجوز لأى شخص طبيعى أو معنوى أن يحوز أو يضع اليد بأية صفة كانت على العقارات الداخلة في ملكية الدولة الخاصة التي تسرى عليها أحكام هذا القانون ، إلا وفقاً لهذه الأحكام » . فأصبح لا يجوز لأحد أن يضع يده على الأراضي الصحراوية بطريق الاستيلاء والتعصير ، على النحو المبين في الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني ، ومن ثم نص قانون سنة ١٩٦٤ على إلغاء هذه الفقرة كما سبق القول .

١٩- تملك الأراضي الصحراوية طبقاً للمطامير الفقرة الثالثة المحذوفة من

المادة ٧٨٤ صرعى : وإذا كانت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني قد ألغيت بالمادة ٨٦ من قانون سنة ١٩٦٤ ، فإن إلغائها لم يكن بأثر رجعي ، وقد ظلت مطبقة من وقت العمل بالتقنين المدني الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) إلى وقت إلغائها . لذلك يحسن أن نورد في إيجاز ما تشتمل عليه من الأحكام .

وتنص هذه الفقرة ، كما رأينا (٢) ، على ما يأتي : « إلا أنه إذا زرع مصرى أرضاً غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك في الحال

(١) وتنص المادة ٥١ من قانون سنة ١٩٦٤ على أنه « يجوز لوزير الإصلاح الزراعي وإصلاح الأراضي أن يرغم في تأجير بعض العقارات التي تسرى عليها أحكام هذا القانون أو في التصرف فيها دون التقيد بأحكامه ، وذلك إذا كان التأجير أو البيع إلى الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة أو الأفراد بالنسبة إلى ما يحتاجونه من تلك العقارات لتنفيذ مشروعات تنفيذ في تنمية الاقتصاد القوي ، أو لدعم مشروعات قائمة منها ، أو لإقامة منشآت ذات نفع عليها ، وذلك بعد موافقة الجهة الإدارية المختصة . ويكون التأجير أو البيع في هذه الحالات بالأجرة أو الثمن وبالشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية » .

(٢) أنظر أنفاً فقرة ١٥ .

الجزء المزروع أو المغروس أو المبني ولو بغير ترخيص من الدولة. ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال في خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة سنة التالية للتملك .

ويستخلص من هذا النص أن هناك شروطا ثلاثة للتملك بطريق الاستيلاء : (١) أن تكون الأرض المحتلة ملكا للدولة أرضا غير مزروعة . وقد سبق تحديد الأراضي غير المزروعة^(١) ، فلا يجوز الاستيلاء على أرض مملوكة للدولة إذا كانت أرضا مزروعة داخل الزمام ، ولا على أى أرض مملوكة للدولة داخل الزمام حتى لو كانت أرضا بورا . فبقى إذن الأراضي الصحراوية خارج الزمام ، وهي التي يرد عليها الاستيلاء . (٢) أن يكون الشخص الذي يستولى على الأرض مصرى الجنسية ، سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا كجمعية أو شركة أراض . وهذا الشرط مستحدث في التقنين المدني الجديد ، ولم يكن مطلوبا في التقنين المدني السابق فكان يجوز للأجنبي أن يستولى على الأراضي الصحراوية . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أوجب المشروع أن يكون المستولى مصرى ، حتى لا يملك أجنبي أرضا مصرية بهذا الطريق السهل »^(٢) . (٣) أن يكون الاستيلاء مصحوبا بالتعمير ، وهذا هو الغرض الأساسى من إباحة الاستيلاء على الأراضي الصحراوية ، حتى يكون هناك حافظ يستحث ذوى المقدرة على إحياء الأرض الموات ، ويشجعهم على ذلك بأن يجزيهم على ما بذلوا من جهد وأنفقوا من مصروفات يجعلهم يملكون الأرض التي يحيوها . والتعمير يكون ، كما يقول النص ، بأن يزرع المستولى الأرض أو يغرس فيها أشجارا أو يقيم عليها بناء . وليس من الضروري أن يصل في هذه الأمور إلى نهايتها ، بل يكفي في زراعة الأرض أن يجعل منها مرعى ، وفى البناء

(١) انظر آتفاً فقرة ١٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التمهيدية ٦ ص ١٩٧ .

عليها أن يسورها وينصب فيها خياماً متنقلة فالتسوير وحده لا يكفي (١) . ولكن يشترط أن يكون التعمير تعميراً جديداً من شأنه أن يحيي الأرض ، وأن يدل على نية صاحبه من أنه أخذ في أسباب استغلالها والمضي في هذا السبيل (٢) . وعلى ذلك لا يكفي مجرد وضع اليد على الأرض ، وقبل أن يعمر المستوى الأرض يجوز للدولة إخراجه منها حتى بالطرق الإدارية ، لأنه قبل التعمير لا يكون قد تملكها فيصح طرده منها (٣) . ولا يازم

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : «المطلوب من يعمر الأرض أن يزرع أو يبنى وفقاً لما يمكن أن تمد له الأرض من أغراض ، فيمكن أن يجعل الأرض مرعى أو أن يسورها أو ينصب فيها خياماً متنقلة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٩٧) . وقد وقع في المذكرة الإيضاحية خطأ مادي ، فقل لفظاً «أو» محل «او» المطف ، وتكون العبارة الصحيحة هي : فيمكن . . . أن يسورها وينصب فيها خياماً متنقلة . وقد جرى القضاء على أن التسوير وحده لا يكفي ، وقضت محكمة النقض في هذا الصدد بأنه إذا كان المال من نوع ما يكون الاستيلاء عليه منشأ للملك لا لاقباله ، فإن مجرد دخوله في ملكية من استولى عليه لا يكفي قانوناً لاعتبار هذا المستول متولياً لامتلاكه ، مالم يكن قد أجرى فيه من الأعمال الظاهرة المستمرة ما يدل على قيام هذه النية لديه . فتسوير هذا النوع من المال أو مجرد المرور به لا يكفي وحده في ثبوت جبايته أو وضع اليد عليه (نقض مدني ١١ يونية سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٨٢ ص ٥٥٤) . وانظر محمد علي حرقه ٢ فقرة ٢٣ ص ٣٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٧٩ ص ٤٢٢ - ص ٤٢٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٨ ص ٣٦٠ .

(٢) استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٨ - ولاتكنى زراعة متقطعة تعتمد على الأمطار ، فالزراعة الجدية لا تقوم إلا بوسيلة من وسائل الري كشق ترعة أو حفر بئر ارتوازي (استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٦) . وعبه إثبات التعمير يقع على من يدعى التملك ، ولو كان هو المدعى عليه في دعوى المنازعة في الملكية (استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٩ ص ١١٣) .

(٣) محمد كامل مرعى ٣ فقرة ٣٤ ص ٤٥ - محمد علي حرقه ٢ فقرة ٢٣ ص ٤٠ - ص ٤١ - ويطلب من الحكومة أن تثبت أن الأرض هي من الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها فتكون على هذا النحو مملوكة للدولة (الاسكندرية المختلطة ٩ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠) . وقد قضت محكمة النقض بأن الحكومة مثلها مثل الأفراد إذا ادعت ملكية أرض في يد المدعى عليه ، فقلها أن تثبت أنها من أملاكها العامة أو الخاصة أو أنها من الأراضي المملوكة شرعاً للميرى وفقاً لنص المادة ٥٧ مدني (قديم) ، أما قبل ذلك فليس لها أن تطالب واضع اليد بإقامة الدليل على ملكيته (نقض مدني ٢٢ فبراير سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٧٠ ص ٣٧٣) .

إلى جانب هذه الشروط الثلاثة أى شرط آخر . فلا يشترط أن يحصل المستوى على ترخيص من الدولة فى الاستيلاء ، وقد كان هناك تردد فى عهد التقنين الملقى السابق فى هذا الأمر . فكان هناك رأى يذهب إلى عدم لزوم هذا الشرط^(١) ، ولكن الرأى الغالب كان يذهب إلى وجوب الحصول على ترخيص^(٢) . فحسم التقنين الملقى الجديد هذا الخلاف بالنص صراحة على عدم لزوم الترخيص ، إذ يقول كما رأينا : « . . . تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة » . كذلك لا يشترط ، لملك الأراضى الصحراوية بالاستيلاء ، أن تفرض عليها ضريبة عقارية بعد الزراعة أو البناء ، أو أن تقيد فى المكلفة باسم المستصلح ، فقبل فرض الضريبة والتقيد فى المكلفة يكون المستصلح قد تملك الأرض بتعميرها^(٣) .

ونرى من ذلك أن نملك المستصلح للأرض رهن بتوافر الشروط الثلاثة المتقدم ذكرها ، ويتم التملك من وقت التعمير . ويقول النص فى هذا المعنى : « . . . تملك فى الحال . . . ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك » . وتكيف ذلك من الناحية القانونية أن المستصلح يملك فى الحال الأرض

(١) أسوان ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٥٤ ص ١٥٢ - طحطا الكلية ٨ يناير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٥٦ ص ٨٠ - أسبوط الكلية ١٢ يونيه سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١١٧ ص ١٧٠ - العاط ٢ نوفمبر سنة ١٩٢١ المحاماة ٣ رقم ١٧ ص ٢٢٧ - الاسكندرية الكلية ٢٠ مارس سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٨٤ ص ١٩٦ .

(٢) استئناف وطنى ٢ مايو سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢٣ ص ٢٢ - ٢ يونيه سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ١٧ ص ٤١ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٥٤ ص ٩٥ - استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٦٥ ص ٦٠٧ - استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٩٨٩٦ م ٨ ص ٣١٦ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٨ - ١٩ يناير سنة ٢٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٦ .

(٣) استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٠١ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٤ - الاسكندرية المختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٠ جازيت ١٠ رقم ١٣٨ ص ١٨٠ .

التي استصلحتها ، ولكن ملكيته تكون معاقبة على شرط فاسخ هو ألا ينقطع عن التعمير في خلال الخمس العشرة سنة التالية لتمامك خمس سنوات متوالية (١) .

فهو أولاً يملك في الحال الأرض المستصلحة ، أي يملكها بمجرد استصلاحها (٢) . ولا يتوقف ذلك على قيد في المكافأة كما قلنا ، ولا يتوقف على تسجيل إذا لتسجيل لا يكون إلا في التصرفات ، والتملك هنا قد تحقق لا بنصرف قانوني بل بواقعة مادية هي واقعة التعمير . وما دام المستصلح قد أصبح مالكا للأرض بمجرد التعمير ، فهو ككل مالك يستطيع أن يتصرف فيها بالبيع والهبة والرهن وغير ذلك من التصرفات ، ولا ينتظر انقضاء الخمس العشرة سنة لأنه أصبح مالكا قبل أن يبدأ سريان هذه المدة كما قلنا ؛ بل إن سريان المدة لا يبدأ إلا من وقت تمامه كما سيأتي . ويستطيع المستصلح أن يؤجر الأرض المستصلحة ، وأن يعطيها لغيره مزارعة . ويجوز له أن يوصي بها ، وهي تورث عنه حتى قبل انقضاء الخمس العشرة سنة (٣) . وسواء انتقلت ملكية الأرض المستصلحة إلى خلف خاص كشر أو إلى خلف عام كوارث ، فإنها تنقل كما كانت وهي في ذمة المستصلح ، أي تنتقل معاقبة على شرط فاسخ هو ألا ينقطع الخلف عن تعميرها خمس سنوات متوالات في خلال الخمس العشرة سنة التي تسري من وقت تعمير السلف للأرض ، وتحسب المدة التي انقطع فيها السلف عن التعمير كما تحسب المدة التي انقضت من الخمس العشرة سنة والأرض في ملك السلف .

ثم إن ملكية المستصلح تكون مطلقة على شرط فاسخ . فهي لا تصبح ملكية بآنة مستقرة إلا إذا لم ينقطع المستصلح أو خلفه عن تعمير الأرض

(١) استئناف مخط ٤ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٦ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م

١٢ ص ٥٢ .

(٢) ويملكها بالقدر المفيد في استعمالها ، فيلحق بالأرض المستصلحة بالبناء المسافة

للأزمة لتج مولات تكون متنفساً للبناء (محمد على عرق ٢ بقرة ٢٣ ص ٤١) .

(٣) محمد على عرق ٢ بقرة ٢٣ ص ٤١ .

خمس سنوات متواليات في خلال الخمس عشرة سنة التالية لتملك الأرض (١) فتحسب مدة الخمس عشرة سنة إذن من وقت تعبير الأرض ، لا من وقت وضع اليد . وقد كان التقنين المدني السابق يجعل هذه المدة تسرى من وقت وضع اليد ، فكانت المادة ٨٠/٥٧ من هذا التقنين تقول : « في ظرف الخمس عشرة سنة التالية لأول وضع يده عليها » . أما التقنين المدني الجديد فقد عدل بحق عن هذا الحكم ، وجعل المدة تسرى من وقت التعبير إذ يقول : « خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك » . ذلك أن الانقطاع عن التعبير يجب ألا يعتد به إلا من وقت التعبير ، ولو اعتد به من وقت وضع اليد لجاز أن تمضي مدة غير قصيرة بين وضع اليد والتعبير ، وينبغي ألا يحسب هذا الوقت ضمن الخمس عشرة سنة وألا تسرى هذه المدة إلا من وقت التعبير كما هو صريح نص التقنين المدني الجديد . وفي خلال هذه المدة يجب ألا ينقطع المستصالح عن تعبير الأرض مدة خمس سنوات متواليات . وقد كان التقنين المدني السابق لا يشترط التوالى صراحة ، فكان يقول « مدة خمس سنوات » ، ومن ثم كان هناك خلاف ، فرأى ينحى إلى وجوب التوالى ، ورأى آخر يذهب إلى عدم وجوبه . وقد حمى التقنين المدني الجديد هذا الخلاف باشتراطه التوالى صراحة ، إذ يقول « خمس سنوات متتابعة » (٢) . والفرق كبير بين التوالى وعدم التوالى ، إذ أن عدم التوالى كان يجعل التملك أشق بكثير . فكان يكفي أن ينقطع المستصالح عن تعبير الأرض خمس سنوات

(١) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٤ - محمد علي غرقة ٢ فقرة ٢٤ ص ٤٢ - عبد الفتاح عبد البزق فقرة ٢٠٧ - وقارن شفيق شحاته فقرة ٢١٢ : وينبغي إلى أن ملكية الأرض قبل تحقق عدم الاستعمال هي ملكية بائنة ، لا ملكية مطلقة على شرط فائض ، ولكنها ملكية ضمنية تنقطع بعدم الاستعمال . وانظر أيضاً من هذا الرأي الأخير عبد المنعم البدراوي فقرة ٣٨٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٩ ص ٣٦٢ .

(٢) والتوالى في الخمس السنوات التي يتقطع فيها المستصالح عن التعبير قرينة على نية ترك المستصالح للأرض المستصلحة ، وهذه النية تستخلص من التوالى أظهر بكثير مما تستخلص من خمس سنوات على فترات متقطعة (انظر في هذا المعنى شفيق شحاته فقرة ٢١٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٩ ص ٣٦٢) .

ولو غير متوالية في خلال الخمس العشرة سنة حتى يتحقق الشرط الفاسخ ،
 فتتسخ ملكية المستصلح . فإذا انقطع سنتين بعد انقضاء ثلاث سنوات من التعمير ،
 ثم استأنف التعمير خمس سنوات ، وانقطع بعد ذلك سنتين ، ثم استأنف
 التعمير سنتين ، فانه إذا انقطع سنة بعد ذلك ، أى السنة الأخيرة لتمام
 الخمس العشرة سنة ، تحقق الشرط الفاسخ وانفسخت ملكيته ، مع
 أنه يكون قد بقي يعمر الأرض عشر سنوات كاملة ، ولم ينقطع عن
 تعميرها إلا خمس سنوات غير متوالية . أما في التقنين المدنى الجديد فالأمر
 أبسر من ذلك بكثير ، إذ يشترط هذا التقنين التوالى كما قلنا . فيكفى ،
 حتى لا يتحقق الشرط الفاسخ ، أن يعمر المستصلح الأرض سنة واحدة
 ثم ينقطع أربع سنوات ، ويعود إلى تعميرها سنة واحدة وينقطع أربع
 سنوات ، وهكذا حتى يتم الخمس العشرة سنة دون أن يكون قد قفى
 في تعمير الأرض أكثر من ثلاث سنوات وانقطع عن تعميرها اثنتى
 عشرة سنة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد :
 « ذكر المشروع أن الخمس السنين التى يفقد المستولى المالكية بعدم استعمال
 الأرض فى أثناءها يجب أن تكون سنين متوالات . فأصبح المستولى أقل
 تعرضا لفقد ملكيته فى المشروع عنه فى التقنين الحال (السابق) الذى
 لا يشترط التوالى . ويكفى فى المشروع أن يستعمل المستولى الأرض سنة
 كل خمس سنوات حتى لا يتحقق الشرط الفاسخ للملكية ، فإذا لم يبق
 من الخمس العشرة سنة إلا أربع سنوات دون أن يتحقق الشرط الفاسخ ،
 أصبحت ملكيته باقية حتى قبل انقضاء الأربع السنوات ، لاستحالة تحقق
 الشرط الفاسخ » (١) . وانقطاع المستصلح عن التعمير معناه أنه إذا كان
 قد زرع الأرض يكف عن زراعتها ، وإذا كان قد غرسها أشجارا ينقطع
 عن تعهد الأشجار بالتسميد والصيانة ، وإذا كان قد أقام فيها بناء يترك
 البناء دون استعمال ودون صيانة حتى يصبح معرضا للتخرب .

ويتحقق الشرط الفاسخ ، كما قلنا ، بانقطاع المستصلح عن التعبير خمس سنوات متوالات في خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك (١) . فإذا ما تحقق ، انفسخت ملكية المستصلح بأثر رجعي ، واعتبر أنه لم يكن ما لكا منذ البداية . وعلى ذلك تزول جميع تصرفاته في الأرض المستصلحة تبعاً لزوال ملكيته بأثر رجعي (٢) . وتسرى القواعد العامة المقررة في تحقق الشرط الفاسخ (٣) ، وتعود ملكية الأرض المستصلحة للدولة .

أما إذا لم يتحقق الشرط الفاسخ ، فإن ملكية المستصلح تصبح ملكية بائنة ، وتتثبت جميع تصرفات المستصلح في الأرض المستصلحة ، وتسرى القواعد العامة المقررة في تخلف الشرط الفاسخ . ويلاحظ أن تخلف الشرط الفاسخ هنا معناه أن يكون قد مضى على تعبير الأرض المستصلحة مدة خمس عشرة سنة دون أن ينقطع المستصلح عن تعبيرها خمس سنوات متوالية . ولا يفهم من ذلك أن المستصلح قد ملك الأرض بالتقدم الطويل ،

(١) وإذا أثبت المستصلح واقعة التعبير ، كان أثبت أن الأرض مزروعة فعلاً ، فللحكومة يقع عبء إثبات أن المستصلح قد انقطع عن التعبير خمس سنوات متوالات (الاسكندرية المختلطة ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٠ جازيت ١٠ رقم ١٣٨ ص ١٨٠) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن قرينة عدم الاستعمال المستخلصة من عدم فرض ضريبة على الأرض ينقضها إثبات أن الأرض مزروعة فعلاً (استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٠١ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٤) .

(٢) والذين لا يقولون بالشرط الناسخ انقسموا . فهم من يذهب إلى زوال التصرفات لا بناء على تحقق الشرط الناسخ بأثر رجعي ، بل لأن المستصلح الذي تصرف في الأرض كانت ملكيته ضعيفة تسقط بعدم الاستعمال فلا يستطيع أن ينقل إلى الغير أكثر مما يملك (شفيق شحاته فقرة ٢١٢ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٣٨٢) . ومنهم من سار في إنكار الشرط إلى نهايته ، فذهب إلى أن تصرفات المستصلح لا تزول بالرغم من زوال ملكيته بعدم الاستعمال ، لأن الملكية لا تزول في هذه الحالة بأثر رجعي (عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٤٩ ص ٢٦٢) . (٣) ولكن المستصلح يعتبر بائناً أو غارساً في الأرض بحسن نية ، فتسرى عليه القواعد المقررة في الالتصاق البائى أو التارس في ملك غيره بحسن نية (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤ ص ٤٦) . ولا يتعارض هذا الحكم مع القول بانفساخ الملكية بأثر رجعي ، فإن الأثر الرجعى إنما هو مجاز قانونى لا يمتد إلى الأعمال المادية التى تكون قد تمت قبل تحققه ، ولا شك في أن المستصلح وقت أن يبني أو يزرع كان حسن النية إذ كان يبني أو يزرع في أرض يملكها (قارن شفيق شحاته فقرة ٢١٢ ص ٢١٩ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٣٨٢) .

أى بانقضاء خمس عشرة سنة ، فهو قد تملك الأرض بمجرد تعميمها وقبل أن تبدأ الخمس عشرة سنة كما قدمنا ، وتملكها بالاستيلاء المصحوب بالتعمير لا بالتقادم . وعلى ذلك لا تكون مدة الخمس عشرة سنة مدة تقادم ، بل هي ميعاد حدده القانون لا يجوز في خلاله أن ينقطع المستصاح عن التعمير مدة خمس سنوات متوالية . ومن ثم لا ترد أسباب الوقف ولا أسباب الانقطاع على مدة الخمس عشرة سنة ، فلا توقف هذه المدة ولا تنقطع (١) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدى في هذا الصدد : « فالملكية هنا لا تكسب بالتقادم العادى وإلا وجب أن تراخى إلى خمس عشرة سنة ، وإنما هي تكسب في الحال معلقة على هذا الشرط الفاسخ » (٢) .

٢٠- مقرون الغير فى الأراضى الصحراوية السابقة على القانون

رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ : ولما كان القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ليس له أثر رجعى ، وليس للقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ كذلك أثر رجعى كما سبق القول ، لذلك تبقى حقوق الغير الثابتة فى الأراضى الصحراوية والسابقة على هذين القانونين كما هى لا تخمسها أحكام هذين القانونين . وتأكيذا لذلك نصت الفقرة الأولى من المادة ٧١ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ على أن « جميع التصرفات التى تمت قبل العمل بهذا القانون الواردة على عقارات كانت داخلية فى ملكية الدولة الخاصة ، تبقى نافذة بذات الشروط والأحكام السارية وقت إقرارها » .

ويمكن القول ، استخلاصا مما تقدم ، وتطبيقا للقواعد العامة ، أنه إذ وضع شخص يده على أرض صحراوية لتعميرها فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ (وقت العمل بالتقنين المدنى الجديد) ، وعمرها بعد سنة ، فانه يملكها بمجرد التعمير فى سنة ١٩٥٠ ، وفقا لأحكام الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى التى كانت معمولا بها وقت ذلك ولم تكن قد حذفت .

(١) محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤ ص ٤٣ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٨١ ص ٤٢٤ - وقانون شفيق شحاته فقرة ٢١١ (ويذهب إلى أن الخمس عشرة سنة هي مدة تقادم مسقط) .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٧ .

ولكن ملكيته تكون معلقة على شرط فاسخ ، هو عدم الانقطاع عن تعبيرها على النحو الذى قلناه . فاذا هو لم ينقطع عن تعبيرها خمس سنوات متوالات فى مدة الخمس عشرة سنة التالية لملكك ، أى إلى سنة ١٩٦٥ (١) فى الفرض الذى نحن بصدده ، فإن ملكيته تصبح باثة لتخلف الشرط الفاسخ . ولا يحس ملكيته هذه ، التى ثبتت له منذ سنة ١٩٥٠ ، لا صدور القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ولا صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ .

على أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ قد نظم هذه الحقوق المكتسبة تنظيماً تشريعياً ، إذ نصت المادة ٧٥ منه على ما يأتى : « يعتد فى تطبيق أحكام هذا القانون بحقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى الواردة على عقارات كائنة فى إحدى المناطق المتبعة خارج الزمام فى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه ، المستندة إلى عقود تم شؤها أو أحكام نهائية سابقة على هذا التاريخ أو إلى عقود صدرت من الحكومة وتم تنفيذ الشروط الواردة بها ولم تشهر بعد - ويعد مالكا بحكم القانون : (١) كل غارس أو زارع . فعلى لحسابه لأرض صحراوية لمدة سنة كاملة على الأقل سابقة على تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه ، وذلك بالنسبة إلى ما يقوم بزراعته بالفعل من تلك الأراضى فى تاريخ العمل بهذا القانون ، وبما لا يتجاوز الملكية العقارية المقررة قانوناً . ولا يسرى هذا الحكم على الأراضى التى تزرع جزأاً من السنة على مياه الأمطار فقط . فاذا كانت تلك الأراضى تروى من آبار طمست دون تعمد أو تقصير بعد تاريخ العمل بالقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه ، فيجوز أن يعرض ملك تلك الأراضى عنها بمساحات مماثلة لها فى مناطق الآبار

(١) ولا عبرة هنا بأننا جاوزنا سنة ١٩٦٤ التى صدر فيها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فإن هذا القانون ليس له أثر رجعى كما قلناه ، والقانون الذى ينطبق فى الفرض الذى نحن بصدده هو الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مكرر التى لم تكن قد حذفت ، والتى كانت سارية وقت ملك المصلح للأرض تحت شرط فاسخ فى سنة ١٩٥٠ .

الجديدة التي تنشئها الدولة . (٢) كل من أتم قبل العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه إقامة بناء مستقر بحيزه ثابت فيه ولا يكون نقله منه ، وذلك بالنسبة إلى الأرض المقام عليها البناء والمساحة المناسبة التي تلتحق به وتمتد مرفقا له بحيث لا تزيد على المساحة المقام عليها البناء ذاته على الأكثر ، وذلك بشرط بقاء البناء قائما حتى تاريخ العمل بهذا القانون ، (١)

هذا ويجوز أن يكون شخص قد اشترى ، قبل العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، أرضا صحراوية من الحكومة بقصد استصلاحها ، ولم ينجز هذا الاستصلاح . فيبقى حقه دون مساس به بعد صدور القانون المذكور ، بل ويمنحه هذا القانون مهلة إضافية يتم في خلالها استصلاح

(١) ونورد هنا المذكرة الإيضاحية لهذا النص وهي تشرح النص شرحاً مستفيضاً :

« ولما كانت النظم القانونية التي تحكم الملكية في الأراضي الصحراوية قد مرت بعدة مراحل متعاقبة منذ أن صدرت بعض الأوامر المالية . . . التي كان بعضها يمنع العربان في بعض الجهات الحق في استغلال الأراضي الصحراوية في تلك الجهات ، ومن هذا القبيل الأمر المالي الصادر في ١٧ من المحرم سنة ١٢٨٤ هجرية (٢١ من مايو سنة ١٨٦٧ ميلادية) ، والتي كان بعضها الآخر يعلق تملك الأراضي البور المملوكة للدولة على استيفاء إجراءات معينة من بينها الحصول على إذن بذلك من الحكومة ، ومن هذا القبيل الأمر المالي الصادر بتاريخ ١٩ من ذي القعدة سنة ١٣٠١ هجرية (٩ من سبتمبر سنة ١٨٨٤ ميلادية) . وفي ظل القانون الملغى المصري القديم ، اتجه الرأي في الفقه والقضاء إلى اعتبار الأراضي الصحراوية الواقعة خارج الزمام من الأراضي المروكة التي يجوز تملكها بالاستيلاء عليها بطريق الزراعة أو التراس فيها أو البناء عليها ، وذلك استناداً إلى حكم المادة ٥٧ من القانون الملغى المصري الأهل . . . وبقى الحال كذلك حتى صدر الأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ بشأن تملك المقارات في أقسام الحدود ، الذي عد العمل بأحكامه بالمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ بعد إلغاء الأحكام العرفية التي صدر في ظلها . وقد حظر هذا الأمر على الأجانب أن يملكوا بغير طريق الميراث المقارات الكائنة في أقسام الحدود أو أن يكتسبوا أى حق عين عليها ، كما قضى بوجوب حصول المصريين على إذن سابق من الحكومة بالنسبة إلى ما يملكونه بغير طريق الميراث من المقارات المشار إليها والحقوق العينية الواردة عليها . . . ثم صدر القانون الملغى الجديد . . . وقضت المادة ٨٧٤ منه بأن . . . وبعد ذلك صدر القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ بتنظيم تملك الأراضي الصحراوية ، وقد أشارت مذكرته الإيضاحية إلى أن « المجلد قد ثار حول ماورد في المادة ٨٧٤ من المشار إليها والتي تميز تملك الأراضي بطريق الاستيلاء الحر . . . واشتد الجدل على وجه الخصوص فيما إذا كانت تلك المادة قد تسنت أحكام المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ . . . وقد اتجه القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه إلى حسم ذلك =

الأرض ، إذ نصت المادة ٧٤ منه على أن « يمنع كل من اشترى أرضاً بوراً أو أرضاً صحراوية من الحكومة بقصد استصلاحها قبل العمل بهذا القانون مهلة يتم خلالها استصلاح الأراضي المبيعة له وزراعتها ، مدتها عشر سنوات من تاريخ تسليمها إليه أو سبع سنوات من تاريخ العمل بهذا القانون أى المدين أطول - فإذا لم يتم المشتري باستصلاح الأرض المبيعة وزراعتها خلال المهلة المشار إليها ، اعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو إغذار أو حكم قضائي » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون في هذا الصدد : « ولما كان هذا الحكم المستحدث قد يدم بعض المتصرف إليهم قبل تاريخ العمل بالقانون المراق من تقاعسوا عن استصلاح زراعة الأراضي البور والصحراوية

= الخلاف في الرأي . . . وأوضحت مذكرته الإيضاحية اتجاهها إلى تغليب فكرة قيام المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ٤٥ حتى تاريخ نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ ، واستندت على ذلك بأن المشرع حينما أصدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ بمنح غير المصريين من تملك الأراضي الزراعية وما في حكمها ، وهو لاحق للقانون الملغى الجديد ، قد أشار في ديباچته إلى المرسوم بقانون المشار إليه فهو يعترف ببقائه قائماً إلخ . وترتب على هذا الاتجاه أن القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه اتجه إلى اعتناق مبدأ إهدار الحقوق المستتدة إلى حكم المادة ٨٧٤ من القانون الملغى ، وإنكار الملكيات القارية القائمة عليها في الأراضي الصحراوية . . . حتى لو كانت سابقة على تاريخ نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ذاته . . . وقصرت المادة ٥ من هذا القانون الأخير إقرار الملكيات السابقة على نفاذه في حالات الملكية والحقوق العينية التي تستند إلى عقود مسجلة أو أحكام نهائية سابقة على العمل بهذا القانون ، أو عقود صدرت من الحكومة ولم تسجل إذا كانت شروطها قد نفذت .

وبهما يمكن من أمر وجهة النظر التي اتجه القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه إلى تطبيقها ، فإن تطبيقه في السبل قد أثار شعوراً بالقلق في نفوس المواطنين في بعض المناطق الصحراوية فيما يتعلق بعدم الاعتراف بملكياتهم القارية المستتدة إلى حكم المادة ٨٧٤ من القانون الملغى الجديد وإلى حكم المادة ٥٧ من القانون الملغى الأهل القديم المقابلة لها والتي كانت سارية منذ سنة ١٨٨٣ ، أي قبل أن يصدر الأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٥ والرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ المشار إليها بأكثر من نصف قرن . وبناء على ذلك فقد أريد بحث جوانب القصور التي شاب القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه ، كما أريد النظر في المبدأ الذي استندت إليه القانون في ضوء ما كشف عنه تطبيقه في العمل ، وفي ضوء الاحتياطات المتعلقة بالمسألة واحترام الحقوق المكتسبة والمبادئ المسلمة بالنسبة إلى تطبيق القوانين من حيث الزمان =

المتصرف فيها إليهم رغم انقضاء مدة العشر سنوات المشار إليها من تاريخ تسلمهم تلك الأراضي ، لذلك فقد روى إتاحة فرصة جديدة أمامهم بمنحهم مهلة إضافية ملبتها سبع سنوات من تاريخ العمل بالقانون المرافق ، يلتزمون باتمام أعمال استصلاح وزراعة الأراضي المشار إليها خلالها . وروعى في قصر هذه المهلة الإضافية على مدة السبع سنوات التالية على العمل بهذا القانون دفع المتصرف إليهم المذكورين إلى مضاعفة جهودهم

« وقد استقر رأى الأجهزة الفنية في الوزارات والجهات الإدارية المختصة المختصة إلى وجوب تعديل أحكام القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه على النحو الذى يوفر رعاية الحقوق المشروعة المستقرة لأصحابها من المواطنين منذ ما قبل تاريخ نفاذ ذلك القانون ، وبكفل إقرار ملكياتهم السابقة على هذا التاريخ والاعتراف بها » .

« لذلك فقد أورد القانون المرافق في المادة ٧٥ منه أحكاماً انتزاعية قصد بها إقرار الملكيات السابقة على القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه والاعتداد بها . وقد روى في صياغة هذه المادة تضمينها الحالات التى أقرها القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه في مادته الخاصة بالنسبة إلى الملكيات العقارية والحقوق المعنية السابقة على تاريخ العمل به » كما أشير فيها إلى حالات الملكية والحقوق المعنية المستندة إلى أحكام القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه ذاته والتي تم إقرارها وفقاً لأحكامه بعد العمل به ، وكذلك فقد أوردت هذه المادة النص على إقرار حالات الملكية السابقة على نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه المستندة إلى حكم الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدنى الجديد (والمادة ٥٧ من القانون المدنى الأهل القديم من قبل) . وقصد من تعداد هذه الحالات في تلك المادة أن يكون النص عليها جامعاً مانعاً بحيث يقتصر الاعتماد في تطبيق أحكام القانون المرافق على الحالات المشار إليها القائمة قبل تاريخ العمل به » .

« وروعى بالنسبة إلى حالات الملكية السابقة على نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه المستندة إلى وضع اليد ، اشتراط استمرار وضع اليد على الأراضي الواردة عليها تلك الملكية بطريق الفراس أو الزراعة لمدة ستة كاملة على الأقل قبل العمل بالقانون المذكور ، ذلك رغم أن الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدنى المشار إليها كانت تقضى بأنه إذا زرع مصرى أرضاً غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها تمك في الحال الجزء المزروع أو المفروس أو المبنى ولوبغير ترخيص من الدولة ، ولكنه يفقد ملكيته بضم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية لتلك . والحكمة من اشتراط وضع اليد لمدة ستة كاملة سابقة على تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه بالنسبة إلى الملكيات المشار إليها هو قصر الاعتراف بتلك الملكيات على الحالات التى تزود فيها الأرض الصحراوية أو يستمر الفراس فيها لمدة ستة زراعية كاملة ، دون -

في استصلاح تلك الأراضي وزراعتها مستقبلاً ، حتى يتيسر تعويضهم في أقصر وقت ممكن عما فاتهم من كسب ، وتعويض ما فوتوه من نفع على المجتمع بفعلهم وبتقصيرهم في إحياء الأرض الموات المبيعة إليهم طوال المدة السابقة الممتدة من تاريخ تسلمهم تلك الأراضي .

= الحالات التي تزرع فيها هذه الأراضي أو تفرس بصفة غير منتظمة جزءاً من السنة على مياه الأمطار فقط .

و تحقيقاً لما استهدف القانون المرافق من إقرار الملكيات السابقة على نفاذه في الأراضي الصحراوية وتأمين استقرارها وتوفير الحماية القانونية لها ، لذلك فقد روي تضمين المواد من ٧٦ إلى ٧٩ من هذا المشروع الأحكام الانتزالية التي تنال المراحل التي يمر بها الإخضرار من تلك الملكيات ، وتحقيقها ، والفصل في المنازعات المتعلقة بها ، وإصدار المحررات المثبتة لتلك الملكيات المتضمنة الإحتداد بها ، ثم شهر هذه المحررات إلخ .

الباب الثاني

كسب الملكية

بسبب الوفاة

الفصل الأول

الميراث

(Succession)

٢١ - نص قانوني : تنص الفقرة الأولى من المادة ٨٧٥ مدني

على ما يأتي :

« تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها » (١).

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن هذا التقنين كان يشتمل على نص (م ٧٧/٥٤) يعرض لأحكام القانون الدولي

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١/١٣٠٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « تعيين الورثة ، وتحديد أنصبتهم في الإرث ، وانتقال أموال التركة إليهم ، تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والتقنينات المستمدة منها ، عالم يرد فيها نص خاص » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٦ في المشروع النهائي ، بعد حذف العبارة الأخيرة « عالم يرد فيها نص خاص » . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٤٤ . ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٥ ، بعد الاستماع بمباراة والقوانين الصادرة في شأنها عن عبارة « والتقنينات المستمدة منها » ، وذلك « لأن المراد هو التشريعات التي تصدر في شأن الميراث » . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٥ - ص ٢٠٧) .

المخاص في الميراث ، ويقرر أن القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هو قانون الدولة التي ينتمي إليها المتوفى بجنسيته (١) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٣/٨٢٥ وم ٨٢٦ (١) وم ٢٠١/٨٣٦ - وفي التقنين المدني

(١) التقنين المدني السابق م ٥٤ وطني : يكون الحكم في الموارث على حسب المقرر في الأحوال الشخصية المختصة بالمللة التابع لها المتوفى . أما حق الإرث في منقعة الأموال الموقوفة ، فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية .

م ٧٧ مخطط : يكون الحكم في الموارث على حسب المقرر في قوانين الدولة التابع لها المتوفى . أما حق الإرث في منقعة الأموال الموقوفة أو في منقعة الأراضي الخراجية ، فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية .

ويتبين من هذه النصوص (وبخاصة من نصوص التقنين المخطط) أن المعنى المقصود هو أن الميراث تتبع فيه أحكام قانون الدولة التي يتبعها المتوفى بجنسيته ، فتكون في صدر قاعدة من قواعد الإسناد تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص لا في نطاق القانون الداخلي . ويكون المقابل لهذه النصوص هو المادة ١/١٧ من التقنين المدني الجديد ، وتجري على الوجه الآتي : ويسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، قانون المورث أو الموصو أو من صدر منه التصرف ، وقت موته .

هذا وقد صدر في ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ بتعديل المواد ٥٤ ، ١/٥٥ و ١٣٠ من التقنين المدني الأهل بما يجعل نصوص هذه المواد واضحة في المعنى المقصود . فأصبح نص المادة ٥٤ كما يأتي : « يكون الحكم في الموارث والوصايا على حسب المقرر في قانون بلد المتوفى » . وأصبح نص المادة ١/٥٥ كما يأتي : « تراعى أيضاً في أهلية الموصى لعل الوصية وفي صيغتها الأحكام المقررة لذلك في قانون الموصى » . وأصبح نص المادة ١٣٠ كما يأتي : « الحكم في الأهلية المقيدة والمطلقة يكون على مقتضى قانون بلد الماقد » . وكذلك صدر في نفس التاريخ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ، وقد نص فيه على أن « قوانين الموارث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيما هي قانون البلد فيما يتعلق بالموارث والوصايا ، على أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته في حكم الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون للتوريث طبقاً لشريعة المتوفى » - أنظر في هذه القوانين ومذكرتها التفسيرية (وقد شرحت في إسهاب الأسباب التي دعت إلى إصدار هذه القوانين) محمد كامل مرسي ٣ بقرة ٧ ..

الليبي م ١/٨٧٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٠٦ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٠٤ وم ٢٢٨ (أ) وم ٢٣٠-٢٣١ (١) .

وبين من النص سالف الذكر أنه عرض للمسائل الرئيسية الثلاث التي تشمل عليها الميراث ، وهي تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال ملكية هذه الأنصبة إليهم ، وذكر أن الشريعة الإسلامية وما يصدر من قوانين خاصة هي التي تسرى على هذه المسائل . وتقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وقد حسم المشروع بهذا النص الخلاف القائم في أمرين جوهرين في الميراث . فقضى بأن الشريعة الإسلامية هي التي تطبق في ميراث المصريين حتى لو كانوا غير مسلمين ، وحتى لو اتفقوا جميعاً على تطبيق قانون ماتهم . وجعل

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢/٨٢٥ : كل من اكتسب عقاراً بالإرث أو بترع الملكية أو بحكم قضائي يكون مالكا له قبل تسجيله ، على أن أثر هذا الاكتساب لا يبدأ إلا اعتباراً من التسجيل . م ٨٢٦ (أ) : لا يكتسب حق التسجيل في السجل العقاري بالأبواب الآتية : (أ) بالإرث .

م ١/٨٣٦ ، ٢ : ١ - تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأن الإرث والانتقال . ٢ - لا يمنح الأجنبي حق الإرث في العقارات إلا إذا كانت قوانين بلاده تمنح مثل ذلك للسوريين . (وأحكام التقنين السوري تتفق إجمالاً مع أحكام التقنين المصري) .
التقنين المدني الليبي م ١/٨٧٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٠٦ : ١ - يكسب الوارث بطريق الميراث المنقولات والعقارات والحقوق الموجودة في التركة . ٢ - وتعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى عليها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الخاصة بها . (وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

قانون الملكية المقارية اللبناني م ٢/٢٠٤ (موافق المادة ٢/٨٢٥ سوري) .

م ٢٢٨ (أ) (مطابق المادة ٨٢٦ (أ) سوري) .

م ٢٣٠ : تخضع التركات لأحكام القانون العام .

م ٢٣١ : لا يكون للأجنبي حق بالإرث أو بالوصية في التركة المقارية إلا إذا كانت قوانين بلاده تبادل السورين والبنانيين هذا الحق . وتخضع تركة الأجنبي المقارية بالإرث أو بالوصية لأحكام قوانين بلاده .

(وأحكام القانون اللبناني تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين السوري ، فيما عدا أن القانون اللبناني لا ينص على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية) .

هذه الشريعة هي التي تنطبق على جميع مسائل الميراث ، ومنها انتقال ملكية التركة إلى الورثة . فيجب إذن تطبيق القاعدة الشرعية المعروفة التي تقتضى بالا تركة إلا بعد سداد الدين ، وهي قاعدة رشيطة تفصل ما بين شخصية المورث وشخصية الوارث ، وإذا كانت تغاير النظم اللاتينية ، فإنها تتمشى مع النظم الجرمانية . ولكن الأخذ بهذه القاعدة يقتضى وضع نظام مفصل لتصفية التركات ، فان اغفال هذا النظام في التقنين المدنى الحالى (السابق) أوقع القضاء والعقود في كثير من الارتباك . وقد أراد المشروع أن يتلافى هذا النقص الخطير بوضع نصوص ينظم بها تصفية التركة ، وتعتبر هذه النصوص من أهم ما استحدثت (١) .

وقد أراد المشروع بوضع نظام لتصفية التركة تطبيقه جماعية أن يحمى حقوق دائي التركة . ولكنه لم يجعل هذه التصفية أمرا إجباريا ، فنظم ، عند عدم الالتجاء إلى التصفية اجماعية ، طريقا لحماية الدائنين إذا اتخذوا إجراءات فردية ، وذلك بشهر حقوقهم .

ثم إن قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، ومن بعده قانون السجل العيى رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ ، عالج كل منهما نقضا خطيرا كان ملحوظا في قانون التسجيل رقم ١٨/١٩ لسنة ١٩٢٣ ، فأصبح الآن واجبا شهر حق الإرث حتى يستطيع الوارث أن يتصرف في الحقوق التي آلت إليه بالميراث .

وبخلص مما تقدم أن المسائل التي يجب بحثها في الميراث هي : (١) تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث . (٢) تنظيم حماية حقوق دائي التركة عن طريق إجراءات فردية أو إجراءات جماعية (تصفية التركة) . (٣) شهر حق الإرث .

البحث الأول

تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث

٢٢- الشريعة الإسلامية تطبق لجميع المصريين وفي جميع مسائل الميراث :
 قدما أن التقنين المدني الجديد قد حسم الخلاف في أمرين جوهرين :

(١) فقد قضى بأن الشريعة الإسلامية ، في الميراث تطبق على جميع المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين ^(١) . والمذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى واضحة كل الوضوح في هذا الصدد ، إذ تقول : « الشريعة الإسلامية والتقنينات المستمدة منها هي التي تنطبق على ميراث المصريين جميعا ، مسلمين أو غير مسلمين . ولا ينطبق قانون الملة على غير المسلمين ، حتى لو اتفق الورثة جميعا على أن ينطبق . ولم يعد هناك محل للبحث فيما إذا كان قانون الملة هو الذي يحدد الورثة مبدئيا ، لينظر بعد ذلك فيما إذا كان هؤلاء الورثة متفقين على قانون الملة ليطبق نهائيا ، أو مختلفين فتطبق الشريعة الإسلامية . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بذلك أخيرا ، بحللة ماجرت عليه التقاليد من أن الشريعة الإسلامية هي التي تحدد الورثة من أول الأمر ، فإن لم يتفق هؤلاء الورثة على تطبيق قانون الملة طبقت الشريعة الإسلامية نهائيا . وقد قضى المشروع على هذا الخلاف ، فإن الشريعة الإسلامية هي التي تطبق أولا وأخيرا ، ولم يعد هناك محل لتطبيق قانون الملة في أى فرض من الفروض » (٢) .

(١) نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٧٨ ص ٤٨٦ .
 (٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٥ - ص ٢٠٦ - وقد كانت الشريعة الإسلامية ، في عهد التقنين المدني السابق ، هي الواجبة التطبيق بوجه عام على موارث جميع المصريين ، مسلمين كانوا أو غير مسلمين (نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٧ ص ٧٤) ، وذلك ما لم يتفق الورثة الذين تمرّف الشريعة الإسلامية بوراثةهم على غير ذلك ، ماداموا يملكون التصرف في حقوقهم . وقد قضت محكمة النقض بأن القاعدة الأساسية في موارث المصريين غير المسلمين أنها تجري وفق أحكام الشريعة الإسلامية ، ما لم يتفق الورثة

(٢) وقضى التقنين المدني الجديد كذلك بأن الشريعة الإسلامية تطبق في جميع مسائل الميراث ، لا فحسب في تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم ، بل أيضا في انتقال ملكية التركة من المورث إلى الوارث .

فستعرض في إيجاز المسائل المتعلقة بتعيين الورثة وتحديد انصبتهم ، وهي التي يطبق فيها قانون الموارث وهو مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية . ثم نستعرض كيفية انتقال التركة من المورث إلى الوارث ، ونبين في إيجاز أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد وهي الأحكام الواجب تطبيقها وفقا للمادة ٨٧٥ مدني سالفة الذكر (١) .

= الذين تمترف الشريعة الإسلامية بوراثتهم ويتراضوا على غير ذلك . والقانون الصادر في ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ بترتيب مجالس طائفة الأقباط الأرثوذكس وبيان اختصاصاتها لا يشذ عن تلك القاعدة ، بل إن المادة ١٦ منه وهي التي أشارت إلى مسألة الموارث لم تنص على أن الحكم فيها يكون حسب الشريعة المسيحية ، بل كل ما في الأمر أنها نصت على ما يفيد اختصاص تلك المجالس بالحكم في الوراثة متى قبل كل الورثة اختصاصا . أما أن يكون حكمها فيها بحسب شريعة أخرى غير الشريعة الإسلامية ، فإن عبارة المادة لا يفهم منها هذا ، بل لا بد من أن يتفق كل الورثة على ذلك ، فيعمل باتفاقهم الذين هم أحرار فيه ، ماداموا يكونون أهلا لتصرف في حقيقتهم (نقض مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ بمجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢٠ ص ٩٩٨ رقم ١) . وانظر أيضاً نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٥٦ بمجموعة أحكام النقض ٧ ص ١ - وانظر استئناف محتلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١٨ - أول أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٥٢ - ٢٧ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٩٧ (يعين قانون الملة الورثة الذين يجب اتفاقهم على إخضاع الميراث لهذا القانون) - أول أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢١٣ .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وتطبق الشريعة الإسلامية في كل أمر يتعلق بالميراث ، فهي التي تعين الورثة ، وتقسمهم إلى ذوى فروض وعصبات وذوى أرحام ، وتجري أحكام الحجب والول والرد وما إلى ذلك من أحكام الميراث ، وتحدد نصيب كل وارث ، وتبين كيف تنتقل ملكية هذا النصيب من المورث إلى الوارث » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٦) .

وحق لو وجب تطبيق قانون أجنبي على تركة مسلم طبقاً لقواعد الإسناد ، فإن محكمة النقض تستبعد من هذا القانون الأجنبي ما يخالف النظام العام في الشريعة الإسلامية . وقد قضت في هذا المعنى بأنه وفقاً للمادة ٢٨ مدني لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته نصوص القانون إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر . وإذا كان تطبيق =

٢٣- قانونه الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ وسأعرضه من المسائل :
كانت المحاكم الشرعية تطبق ، في تعيين الورثة وتحديد أنصباهم ، أحكام المذهب الحنفى في أرجح أقواله ، وكانت هذه الأحكام غير مقتنة . وقد روى ، حتى قبل إدماج المحاكم الشرعية في المحاكم الوطنية ، أن هناك حرجا في الاقتصار على أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة . فهناك مسائل في المذهب الحنفى وقع فيها اختلاف في ترجيح الأقوال ، أو لم ينص على ترجيح ، فتضاربت الأحكام باختلاف نظر القضاة . وهناك حوادث تدعو المصلحة إلى أن يكون الحكم فيها بالمرجوح من أقوال المذهب الحنفى ، أو بأحكام المذاهب الأخرى . فاستقر الرأى على وضع تقنين شامل للأحوال الشخصية وللأوقاف والموارث والوصية ، تختار أحكامه من المذاهب الإسلامية المختلفة ، ويراعى فيها ما يلائم حالة البلاد وما يساير رقيها الاجتماعى . فصدر القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بأحكام الموارث ، والقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف ، والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوصية .

والذى يعيننا هنا هو قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، وقد قسم أبوابا ثمانية : الباب الأول في أحكام عامة وموانع الإرث ، والباب الثانى في أسباب الإرث وأنواعه ، والباب الثالث في الحجب ، والباب

= القانون الفرنسى على واقعة الدعوى من شأنه حرمان كل من الزوج والأخ من الإرث ، بينما تعتبرها الشريعة الإسلامية وأحكام قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ من أصحاب الفروض والمصبات ، وكانت أحكام الموارث الأساسية التى تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة تعتبر في حق المسلمين من النظام العام في مصر ، إذ هى وثيقة الصلة بالنظام القانونى والاجتماعى الذى استقر في ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتقليب قانون أجنبى عليها ، مما لا يوسع القاضى الوطنى معه أن يتخلل عنها ويلبغ غيرها في الخصومات التى ترفع إليه متى كان المورث والورثة فيها من المسلمين (نقض مدنى ٢٧ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١٥ ص ٧٢٧) .

الرابع في الرد ، والباب الخامس في إرث ذوى الأرحام ، والباب السادس في الإرث بالمعصوبة السبية ، والباب السابع في استحقاق التركة بغير إرث ، والباب الثامن في أحكام متنوعة .

ولا نعرض لشرح ما اشتملت عليه هذه الأبواب من الأحكام ، فهي من مباحث كتب الفقه الإسلامى . ولكننا نستعرض هنا في إيجاز تام ، من خلال هذه الأبواب الثمانية ، ما ينطوى تحت عبارة « تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم » من المبادئ الرئيسية .

٢٤ - **الأحكام العامة في الميراث** : ففي الأحكام العامة ، يقرر قانون الموارث أن سبب استحقاق الإرث هو موت المورث أو اعتباره ميتا بحكم القاضي في حالة المفقود ، وموت المورث هو واقعة مادية تنقل ملكية التركة من المورث إلى الوارث . ويجب لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتا ، فاذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أولا كما في حالة الفرق والهدى والحرق فلا استحقاق لأحدهما في تركة الآخر .

ويستحق من التركة قبل إرث الورثة : (١) ما يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته . (٢) ديون الميت . (٣) ما أوصى به في الحد الذى تنفذ فيه الوصية .

ويمنع من الإرث : (١) قتل الوارث للمورث عمدا ، إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل بالغا من العمر خمس عشرة سنة ، ويعد من الأعداء تجاوز حق الدفاع الشرعى . ويعتبر فى حكم القتل أن يشهد الوارث على المورث شهادة زور تؤدى إلى الحكم على المورث بالإعدام ، مع تنفيذ هذا الحكم . (٢) اختلاف الدين والدار . فلا توارث بين مسلم وغير مسلم ، ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض . واختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين ، ولا يمنع من الإرث بين غير المسلمين إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث الأجنبي عنها .

٢٥- المدة بالفرضه (أصحاب الفروضه) : ويبدأ في التوريث بأصحاب الفروض ، وهم :

(١) الأب والجد الصحيح : ولكل منهما فرض السدس إذا وجد للميت ولد أو ولدان وإن نزل .

(٢) أولاد الأم : ولأولاد الأم فرض السدس ، والثالث للابنتين فالأكثر ، ذكورهم وإناتهم في القسمة سواء^(١) . ويعجب أولاد الأم كل من الأب والجد الصحيح وإن علا ، والولد وولد الابن وإن نزل .

(٣) الزوج والزوجة : وللزوج فرض النصف عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل ، والربع مع الولد أو ولد الابن وإن نزل . وللزوجة . ولو كانت مطلقة رجعيًا^(٢) إذا مات الزوج وهي في العدة ، أو الزوجات ، فرض الربع عند علم الولد وولد الابن وإن نزل ، والنهن مع الولد أو ولد الابن وإن نزل .

(٤) البنات وبنات الابن : وللواحدة من البنات فرض النصف ، وللأثنين فأكثر الثلثان . ولبنات الابن الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود بنت أو بنت ابن أعلى منهن درجة ، ولهن واحدة أو أكثر السدس مع البنت أو بنت الابن الأعلى درجة . ويعجب كل من الابن وابن الابن وإن نزل ، بنت الابن التي تكون أنزل منه درجة) ، ويعجبها أيضا بنتان أو بنتا ابن أعلى منها ما لم يكن معها من يعصبها

(٥) الأخوات الشقيقات والأخوات لأب : وللواحدة من الأخوات الشقيقات فرض النصف ، وللأثنين فأكثر الثلثان . وللأخوات لأب الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود أخت شقيقة . ولهن واحدة أو أكثر السدس مع الأخت الشقيقة ويعجب الأخت الشقيقة كل من الابن وابن

(١) وإذا استفرقت الفروض التركة ، يشارك أولاد الأم الأخ الشقيق أو الإخوة الأشقاء بالأفراد أو مع أخت شقيقة أو أكثر ، ويقسم الثلث بينهم جميعاً ذكورهم وإناتهم في القسمة سواء .

(٢) فإن كان الغلاق بائناً . ولويبنونة صفري ، منع ذلك من الميراث شرعاً (نقض مدني ١٣ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٨ ص ١٠٤٥) .

الابن وإن نزل ، والأب - ويحجب الأخت لأب كل من الأب والابن وابن الابن وإن نزل . كما يحجبها الأخ الشقيق والأخت الشقيقة إذا كانت عصبه مع غيرها والأختان الشقيقتان إذا لم يوجد أخ لأب

(٦) الأم والجدة الصحيحة : ولأم فرض السدس مع الولد أو ولد الابن وإن نزل . أو مع اثنين أو أكثر من الأخت والأخوات . ولها الثلث في غير هذه الأحوال . غير أنها إذا اجتمعت مع أحد الزوجين والأب فقط . كان لها ثلث مابقى بعد فرض الزوج . والجدة الصحيحة هي أم أحد الأبوين أو الجد الصحيح وإن عات . وللجدة الصحيحة أو الجدات السدس ، ويقسم بينهما على السواء لا فرق بين ذات قرابة وذات قرابتين . وتحجب الأم الجدة الصحيحة مطلقا ، وتحجب الجدة القريبة الجدة البعيدة ، ويحجب الأب الجد لأب . كما يحجب الجد الصحيح الجدة إذا كانت أصلا له .

هذا وإذا زادت أنصباة أصحاب الفروض على التركة ، قسمت بينهم بنسبة أنصباهم في الإرث . وهذا هو العول . ففي زوج وشقيقتين للزوج النصف فرضا وللشقيقتين الثلثان فرضا ، فراد مجموع الأنصباة على الواحد الصحيح . فتقسم التركة بينهم بنسبة أنصباهم . ويكون للزوج ثلاثة أسباع التركة وللشقيقتين أربعة أسباعها .

وعلى العكس من ذلك ، إذا لم تستغرق الفروض التركة ، ولم توجد عصبه من النسب ، رد الباقي على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة فرض كل منهم . ففي بنت وزوجة للبنت النصف فرضا وللزوجة الثمن فرضا . ويرد باقي التركة وهو ثلاثة الأثمان على البنت دون الزوجة . ويرد باقي التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبه من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية أو أحد ذوى الأرحام . وإذا مات الزوج ، ولم يترك من أصحاب الفروض النسبية إلا الزوجة . وليست له عصبه من النسب ولا أحد من ذوى الأرحام . أخلفت الزوجة ربع التركة فرضا وثلاثة أرباعها ردا . ونرى من ذلك أن الرد، في أحواله المختلفة، هو نفيض العول

٢٦ - **الدرج بالتعصيب (المعصبات)** : وإذا لم يوجد أحد من ذوى الفروض ، أو وجد ولم تستغرق الفروض التركية ، كانت التركية أو ما بقى منها بعد الفروض للعصبة من الذب . والعصبة من الملب ثلاثة أنواع :

(١) العصبة بالنفس وهم جهات أربع ، مقدم بعضها على بعض فى الإرث على الترتيب الآتى : (١) البنوة . وتشمل الأبناء وأبناء الابن وإن نزل . (٢) الأبوة : وتشمل الأب والجد الصحيح وإن علا . (٣) الأخوة . وتشمل الإخوة الأشقاء والإخوة لأب وأبناء الأخ الشقيق وأبناء الأخ لأب وإن نزل كل منهما . (٤) العمومة . وتشمل أعمام الميت وأعمام أبيه وأعمام جده الصحيح وإن علا سواء أكانوا لأبوين أم لأب . وأبناء من ذكر وأبناء أبنائهم وإن نزلوا .

وإذا اتحدت العصبة بالنفس فى الجهة ، كان المستحق للإرث أقربهم درجة إلى الميت . فيقدم الابن على ابن الابن فإذا اتحدوا فى الجهة والدرجة ، كان التقديم بالقوة . فن كان ذا قرابتين للميت قدم على من كان ذا قرابة واحدة . فيقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب . فإذا اتحدوا فى الجهة والدرجة والقوة . كان الإرث بينهم على السواء . فتتصرف التركية أو ما يبقى منها بعد الفروض بين الابنين أو بين الأخوين الشقيقين . والمراد من التقديم سالف الذكر هو التقديم فى الإرث بالتعصيب ، فلا يبنى هذا أن الأب مثلا يرث بالفرض مع الابن الذى يرث وحده بالتعصيب باقى التركية بعد فرض الأب . فيرث الأب السادس ويرث الابن خمسة الأسداس .

(ب) العصبة بالنزير وهن : (١) البنات مع الأبناء . (٢) بنات الابن وإن نزل مع أبناء الابن وإن نزل إذا كانوا فى درجتين مطافاً أو كانوا أنزل منهن إذا لم ترثن بغير ذلك . (٣) الأخوات الشقيقات مع الإخوة الأشقاء . والأخوات لأب مع الإخوة لأب . ويكون الإرث بينهم ، فى جميع هذه الأحوال ، للذكر شل حظ الاثنتين .

(ح) العصبية مع الغير ومن : الأخوات الشقيقات أو لأب يصبحن عصبية إذا اجتمعن مع البنات أو بنات الابن وإن نزل ، فيكون لمن الباقى من التركة بعد الفروض . وفى هذه الحالة يعتبرون بالنسبة إلى باقى المصبات فى مقام الأخوة الأشقاء أو لأب ، ويأخذن أحكامهم فى التقديم بالجهة والدرجة والقوة (١) .

٢٧ - أصب ذوى الأرحام : وإذا لم يوجد أحد من العصبية بالنسب ، ولا أحد من ذوى القروض النسبية ، كانت التركة ، أو الباقى منها فى حالة وجود الزوج أو الزوجة ، لذوى الأرحام . وذوو الأرحام أربعة أصناف ، تقدم بعضها على بعض فى الإرث على الترتيب الآتى :

الصنف الأول - أولاد البنات وإن نزلوا : وأولاد بنات الابن وإن نزل .

الصنف الثانى - الجد غير الصحيح وإن علا ، والجدة غير الصحيحة وإن علت .

الصنف الثالث - أبناء الإخوة لأم وأولادهم وإن نزلوا : وأولاد الإخوات الشقيقات أو لأب أو لأم وإن نزلوا ، وبنات الإخوة الأشقاء أو لأب أو لأم وأولادهم وإن نزلوا ، وبنات أبناء الإخوة الأشقاء أو لأب وإن نزلوا ، وأولادهم وإن نزلوا .

(١) هذا وإذا اجتمع الأب أو الجد مع البنت أو بنت الابن وإن نزل ، استحق الأب السدس فرضاً ، واستحققت البنت أو بنت الإبن النصف فرضاً ، ثم استحق الأب أو الجد باقى التركة أى الثلث بطريق التصيب .

وإذا اجتمع الجد مع الإخوة الأشقاء أو لأب والأخوات الشقيقات أو لأب ، كانت له حالتان : الأولى أن يقاسمهم كآخ إن كانوا ذكوراً فقط ، أو ذكوراً وإناثاً ، أو إناثاً حصين مع الفرع الوارث من الإناث . والثانية أن يأخذ الباقى بعد الفروض ، بطريق التصيب ، إذا كان مع أخوات لم يصين بالذكور أو مع الفرع الوارث من الإناث . حل أنه إذا كان الإرث بالتصيب أو المقاسمة على الوجه المتقدم تحرم الجد من الإرث أو تنقصه من السدس ، أحبر صاحب فرض بالسدس . ولا يعتبر فى المقاسمة من كان محجوباً من الإخوة أو الأخوات لأب .

الصف الرابع - ويشمل ست طوائف مقدما بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتي : (الطائفة الأولى) أعمام الميت لأُم وعماته وأخواله وخالاته لأبوين أو لأحدهما . (الطائفة الثانية) أولاد من ذكروا في الطائفة الأولى وإن نزلوا ، وبنات أعمام الميت لأبوين أو لأب ، وبنات أبنائهم وإن نزلوا ، وأولاد من ذكروا وإن نزلوا . (الطائفة الثالثة) أعمام أبي الميت لأُم وعماته وأخواله وخالاته لأبوين أو لأحدهما : وأعمام أم الميت وعماتها وأخوالها وخالاتها لأبوين أو لأحدهما . (الطائفة الرابعة) أولاد من ذكروا في الطائفة الثالثة وإن نزلوا ، وبنات أعمام أبي الميت لأبوين أو لأب وبنات أبنائهم وإن نزلوا ، وأولاد من ذكروا وإن نزلوا . (الطائفة الخامسة) أعمام أب أب الميت لأُم ، وأعمام أب أم الميت وعماتها . أخوالهما وخالاتهما لأبوين أو لأحدهما ، وأعمام أم أم الميت وأم أبيه وعماتها وأخوالهما وخالاتهما لأبوين أو لأحدهما . (الطائفة السادسة) أولاد من ذكروا في الطائفة الخامسة وأن نزلوا ، وبنات أعمام أب أب الميت لأبوين أو لأب ، وبنات أبنائهم وإن نزلوا ، وأولاد من ذكروا وإن نزلوا ، وهكذا (١) .

(١) والمواد ٣٢ - ٣٧ من قانون الموارث تبين ، في كل صنف من الأصناف الستة الأولى من ذوى الأرحام ، وفي كل طائفة من الطوائف الست في الصف الرابع ، من يتقدم على غيره في الإرث من أفراد الصف أو الطائفة . هذا ويوجد بعد إرث ذوى الأرحام إرث بالصوبة السبية ، ثم استحقاق المقر له بالنسب لقرعة .

ويشمل الباب الثامن والأخير من قانون الموارث على أحكام متنوعة ، نتناول نوريث الحمل وإرث المفقود وإرث الخلع المشكل وإرث ولد الزنا وولد العان والتخارج . ونعجزه هذه الإشارة ، بعد أن قدما من المسائل التي اشتمل عليها قانون الموارث ما فيه الكفاية .

§ ٢ - انتقال التركة من المورث إلى الوارث

٢٨ - المسائل التي تناولها البحث : ولم يتناول قانون الموارث كيفية انتقال التركة من المورث إلى الوارث ، إذ لم يعتبر هذا الموضوع من موضوعات الأحوال الشخصية . فالأمر هنا يتعلق بالميراث باعتباره سبباً من أسباب كسب الملكية ، تنتقل به الملكية التركة من المورث إلى الوارث . فهو يدخل إذن في الأحوال العينية (الأموال) لا في الأحوال الشخصية . ولكن أحكام الشريعة الإسلامية مع ذلك هي التي تسري في شأنه ، وقد صرحت بذلك المادة ٨٧٥ مدني^(١) كما رأينا .

(١) وقد احتدم الخلاف ، في وقت ما في عهد التقنين المدني السابق ، فيما إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي التي تسري في هذا الموضوع . وكان الرأي الراجح وجوب سريان هذه الأحكام ، فإذا باع الوارث شيئاً من أعيان التركة كان لدائن التركة أن يمتنعوا هذه العين في يد المشتري وينقلوها عليها . وذهب رأي مرجوح إلى عدم الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ، فلا يكون لدائن التركة حق تتبع العين في يد المشتري ، وليس أمامهم إلا التنفيذ على أموال الوارث الشخصية وحل ما بقى في يده من أموال التركة ، مع الاحتفاظ بحق الطعن في تصرف الوارث بالدعوى البوليصة إذا توافرت شروطها .

ويستند أصحاب الرأي الأول إلى أن المشرع في عهد التقنين المدني السابق قد أخضع لأحكام الشريعة الإسلامية الميراث في جميع مسائله ، لا فحسب من حيث نصن الورثة ونعدهم أنصبتهم في الميراث ، بل أيضاً باعتبار الميراث سبباً لكسب الملكية وانتقالها من المورث إلى الوارث . ولما كان الوارث في الشريعة الإسلامية لا يستمر فيه شخص مورثه ولا محل محل المورث في التزاماته ، فإن ديون المورث تنقل بالتركة . وتبقى التركة ضامنة لديون المورث بعد موته كما كان ماله ضامناً لها حال حياته ، ولا يرث الوارث إلا ما يبقى بعد سداد الديون إذ لا تركة إلا بعد سداد الدين . أما حق الدائنين في الشريعة الإسلامية فهو أشبه بحق الاختصاص أو الرهن على جميع التركة ، فإذا باع الوارث شيئاً من أعيان التركة قبل سداد الدين ، كان لدائن أن يمتنعها في يد المشتري ويستوفى منها حقه . هذا إذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، أما إذا كانت غير مستغرقة فللدائنين كذلك حق رهن عام بمقدار الديون التي لهم ، لأن التركة شققة هذه الديون . ولكن الفقهاء أباحوا لورثة التصرف في أعيان التركة ، لأن ضمان الدائنين هي التركة جميعها لا عين بالذات . على أن حق الورثة في التصرف يقتض حجب لا يبيح في التركة إلا ما يمكن لفواء بالديون ، وكل تصرف زاد على هذا الحد فهو غير نافذ في حق الدائنين ، وللدائنين أخذ حقوقهم من أعيان التركة حيث توجد إذا لم يكن الباقي منها في أيدي الورثة كافياً لفواء بهذه الحقوق . أنظر في هذا القول

فيعتينا إذن ، مادامنا نعرض للميراث باعتباره سببا من أسباب كسب الملكية ، أن نبين أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع . فان هذه الأحكام هي الواجبة التطبيق فيما نحن بهدده .

ومن ثم نتناول بالبحث المسائل الآتية : (١) انتقال حقوق التركة إلى الورثة . (٢) متى تنتقل حقوق التركة إلى الورثة . (٣) هل تنتقل ديون التركة إلى الورثة أسوة بحقوقها وما هو مدى نطاق القاعدة التي تقضى بالألا تركة إلا بعد سداد الدين . (٤) حكم تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الديون وما يجب من الحماية لحقوق دائني التركة .

== عبد الحميد بدوي في مجلة مصر المعاصرة ١٩١٤ ص ١٤ ومابعدها- وملاحظات عزيز كميل وعبد الخالق ثروت وعبد الحميد مصطفى ومحمد حلمي عيسى في ص ٤٠- وانظر من أحكام القضاء في هذا الرأي ما أشير إليه في الوسيط ٤ فقرة ١٨٩ ص ٣٣٦ هامش ١ - ومن أصحاب هذا الرأي من يذهب إلى حد القول بجلول الديون المؤجلة بموت المدين وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية (على زكي الرازي في مركز الوارث في الشريعة الإسلامية سنة ١٩١٣ - وانظر مقالا له في المجامة السنة الأولى العدد الخامس) . ويلاحظ على أصحاب هذا الرأي الأول أنهم يستنون في إخضاع الميراث لأحكام الشريعة الإسلامية إلى المادة ٥٤ / ٧٧ من التقنين المدني السابق ، والصحيح أن هذا النص هو من نصوص الإسناد في القانون الدولي الخاص لا من نصوص اتفاقون الداخلي . وإنما يرجع إخضاع الميراث لأحكام الشريعة الإسلامية إلى أن القوانين المصرية تركت جميع مسائل الميراث لأحكام الشريعة الإسلامية ، ولم يتعرض لها المشرع المصري بأى حكم موضوعي . وقد كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي السارية في الميراث ، فبقيت سارية حتى بعد صدور التقنين المدني الجديد مادام أنها لم تتسخ بأى نص من نصوص هذا القانون .

أما أصحاب الرأي الثاني فيذهبون إلى أن الشريعة الإسلامية إنما تسرى في تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث ، لا في كيفية انتقال المال من المورث إلى الورثة فذلك ليس متصلا بالأحوال الشخصية ، بل هو داخل في أسباب كسب الملكية فتسرى في شأنه المبادئ العامة في القانون المدني . ومن ثم يجب أن تفصل أموال التركة عن أموال الوارث الشخصية ويقدم المورث حل دائني الوارث في اقتضاء حقوقهم من أموال التركة ، لأن حق الضمان العام الذي كان لهم في حياة المورث لا يزال باقياً كما كان مادام المالان منفصلين . ولكن طبيعة هذا الحق لا تتغير فلا يصير عينياً بالموت ، ولا يكون للدائن حق تتبع العقار إذا خرج من يد الوارث بالبيع إلا إذا كان المشتري سعي النية . وشأن الدائن أمام تصرف الوارث هو شأنه أمام تصرف المورث بلا فرق ، له أن يظن في تصرف الوارث بالدهوى بالوصية إذا توافرت شروطها كما كان له ذلك بالنسبة إلى تصرف المورث . ولكن الوارث =

٢٩ - انتقال حقوق التركة الى الورثة : تنتقل جميع حقوق الوارث المالية - وهذه هي حقوق التركة - إلى الورثة عن طريق الميراث بوفاة المورث ، إذ الوارث خلف المورث في الحقوق المالية . وقد قلنا في هذا المعنى في الجزء الخامس من مصادر الحق في الفقه الإسلامي : « وإذا كان الفقه الإسلامي سلم بانتقال الحق إلى الوارث ، فذلك بفضل خلافة الوارث للمورث . ففكرة الخلافة هذه تقضى بأن الوارث يقوم مقام المورث ويخلفه ، فيجب إذن أن يخلفه في مجموع الحقوق لا في حق معين بالذات ، فينتقل إلى الوارث هذا المجموع من الحقوق . بل لعل الأدق

= التزم في أمواله الخاصة بقيمة ما تصرف فيه من أموال التركة ، وليس لدائنيه أن يتضرروا من ذلك لأن كل تصرفاته قائمة نتائجها على أمواله ، ولا سبيل إلى منه من التصرف إلا بالحجر . أنظر في هذا الرأي أحمد عبد اللطيف في المحاماة السنة الثانية الممد الثالث - عبد الوهاب محمد في الشرائع السنة الأولى ص ٥٧ - وانظر من أحكام القضاء في هذا الرأي ما أشير إليه في الوسيط ٤ فقرة ١٨٩ ص ٣٣٦ هامش ١ .

وقد أخذت محكمة النقض ، في عهد التقنين المدني السابق ، بالمرأى الأول . فقضت بأن التركة عند الحنفية ، مستغرقة كانت أو غير مستغرقة ، تنتقل بمجرد الوفاة بحق عيني لدائني المتوفى يخوّلهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها بالتقدم على سواهم من تصرف لهم الوارث أو من دائنيه . وهذا هو القانون الواجب على المحاكم المدنية تطبيقه إذا ما تعرضت للفصل في مسائل الموارث بصفة فرعية . ولا يحول دون ثبوت هذا الحق العيني لدائني التركة التعلل بأن الحقوق العينية في القانون المدني وردت على سبيل الحصر ، وبأن حق الدائن هذا من نوع الرهن القانوني الذي لم يرد في التشريع الوضعي ، وذلك لأن عينية الحق مقررة في الشريعة الإسلامية . وهي على ما سبق القول القانون في الموارث . وإذن فالحكم الذي ينشأ حق الدائن في تتبع أعيان تركة مدينه تحت يد من اشتراها ، ولو كان المشتري حسن النية وكان عقده مسجلا . مخالف للقانون (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمره ٥ رقم ١٥٩ ورقم ١٦٠ ص ٣٥٦) .

أنظر في كل ذلك : الوسيط ٤ فقرة ١٨٩ ص ٣٣٦ هامش ١ - رسالة الدكتور على إبراهيم الرجال في مدى تعلق حق الفرما بالتركة - رسالة الدكتور حسن بنداى في التفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية ص ٣٠١ وص ٣٢٧ وص ٣٣٦ - أحمد نجيب اللؤلؤ وحامد زكي في البيع فقرة ١٩٩ - فقرة ٢٠٤ - حامد زكي في المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية مجلة القانون الاقتصاد السنة الرابعة - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٦٧ - محمد كامل مرسى ٥ فقرة ١٠٣ - فقرة ١٠٦ .

أن يقال إن الوارث هو الذى ينتقل ليحل محل مورثه فى مجموع حقوقه .
 فيقوم مقامه فى هذه الحقوق ويخلفه عليها . ومثل الوارث الموصى له
 بجزء من مجموع الحقوق ، فان نظرية الخلافة تنسج له كما اتسعت للوارث ،
 إذ أن كليهما يخلف الميت فى مجموع الحقوق لافى حق معين بالذات (١) .
 ويؤيد ذلك ماذهب إليه الحنفية من أن حق التمل مستقلا عن البناء المستمل
 ينتقل بالميراث ، ولا ينتقل بالبيع . وذلك لأن انتقاله بالميراث لا يكون
 باعتباره حقا معينا بالذات ، بل باعتباره عنصرا داخلا فى مجموع المال الذى
 خلف عليه الوارث المورث . أما انتقاله بالبيع فلا يجوز ، لأن البيع لا ينقل
 إلا حقا معينا بالذات ، ولا يكون حق التمل حقا معينا بالذات إلا إذا
 كان تابعا للبناء المستمل (٢) .

والحقوق التى تنتقل إلى الوارث هى الحقوق المالية ، فتنقل إليه ملكية
 أعيان التركة ، والحقوق العينية الأصلية الأخرى التى للمورث إلا ما كان
 منها ينقضى بالموت كحق الانتفاع ، والحقوق العينية التبعية كحق الرهن
 وحق الاختصاص وحقوق الامتياز (٣) . أما ما كان من الحقوق ليس
 حقا ماليا ، وما كان حقا ماليا ولكنه متصل بشخص المورث ، وما اتصل
 بمشينة المورث لا بماله ، فان شيئا من هذا لا ينتقل إلى الوارث ، لأن
 طبيعة الحق تستلزم على هذا الانتقال ، وتأتى إلا بقاء الحق مع صاحبه
 الأصل وزواله بموته .

(١) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى المولف جزء ٥ ص ٨٠ .

(٢) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى المولف جزء ٥ ص ٨٠ هاش ١ .

(٣) وينتقل إلى الوارث أيضاً الحق فى إبطال النقد ، إذ هو حق مالى ينتقل بالميراث .
 وقد قضت محكمة النقض بأن لقاصر فى حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله
 قانوناً ، كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفاً عاماً له يحل محل سلفه فى كل
 ماله وماله عليه ، فتؤول إليه جميع الحقوق التى كانت لسلفه . وإذا كان موضوع طلب الإبطال
 تصرفاً مالياً ، فانه بهذا الوصف لا يكون حقا شخصياً محضاً متعلقاً بشخص القاصر بحيث
 يتمتع على الخلف العام مباشرته (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض
 ٩ ص ١٦١) .

ومثل الحقوق غير المالية حق الحضانة وحق الولاية على النفس وحق الولاية على المال ، فهذه كلها لا تنتقل إلى الوارث لأنها حقوق غير مالية .

ومثل الحقوق المالية المتصلة بشخص المورث الحق في النفقة ، سواء كان الدائن بها زوجة أو قريبا ، فلا ينتقل هذا الحق إلى الوارث بعد موت الدائن بالنفقة ، وذلك ما لم يأذن القاضى للدائن بالاستدانة ويستند فضلا . كذلك حق الرجوع في الهبة حين يجوز الرجوع حتى متصل بشخص الواهب ، فلا ينتقل منه إلى وارثه ، بل يسقط بموته . وقد أكدت هذا المعنى المادة ٥٠٢ مدنى ، حين جعلت من موانع الرجوع في الهبة موت أحد طرفى العقد ، الواهب أو الموهوب له . وحتى الأجل في الدين قام فيه خلاف من حيث اتصاله بشخص المدين لا بشخص الدائن .

فهو يورث عن الدائن دون خلاف في ذلك ، فإذا مات الدائن قبل حلول الأجل بقى الأجل على حاله ولم يحل الدين ، وعلى ورثة الدائن أن يتربصوا حتى يحل الأجل ليطالبوا بحق مورثهم . أما إذا مات المدين قبل حلول الأجل ، فن يقول باتصال الأجل بشخص المدين لا يجعل الأجل ينتقل إلى الوارث فينتفع بما بقى منه كما كان ينتفع المدين لو بقى حيا ، وعلى ذلك يسقط الأجل بموت المدين ولا ينتقل إلى الوارث ، فيحل الدين ولو لم يحل أجله . وظاهر أن هذا القول يتعارض مع ما هو مقرر في القانون المصرى من أن الأجل في الدين متصل بالمدين ذاته لا بشخص المدين ، بل هو وصف في الدين ، فإذا مات المدين لم يحل الدين إذا كان الأجل لم ينقضى . وقد حصرت المادة ٢٧٣ مدنى أسباب سقوط حق المدين في الأجل ، وليس الموت من بينها ، فالأجل إذن لا يسقط بموت المدين . ولا شك في أن هذا هو القانون الوضعى في مصر ، فلا تجوز مخالفته .

بقى أن نتلمس قولاً في الفقه الإسلامى يتفق مع هذا الحكم ، حتى لا يتعارض الفقه الإسلامى مع أحكام القانون في مسألة قلنا إن أحكام الشريعة الإسلامية تسرى في شأنها . وفى ملهب مالك لا يسقط الأجل بموت المدين ،

إذا اشترط المدين بقاء الدين موثقاً بعد موته إلى أن ينقضي الأجل (١) .
ولكن هذا لا يكفي ، إذ يكون الأصل في الأجل عند مالك أن يسقط
بموت المدين إلا إذا اشترط المدين بقاءه بعد موته . أما في القانون المصري
فالأجل لا يسقط بموت المدين ، سواء اشترط المدين بقاءه بعد موته
أو لم يشترط . والأقرب إلى القانون المصري في هذه المسألة هو رواية
في المذهب الحنبلي (٢) ، ففي هذا المذهب روايتان في سقوط الأجل
بموت المدين ، إحداهما أن الأجل لا يسقط بموت المدين إذا وثق الورثة
الدين (٣) . ومعنى توثيق الورثة للدين أن يقدموا ضماناً للدائن يأمن به

(١) أنظر عل الخفيف في بحثه في تأثير الموت في حقوق الإنسان والتزاماته المنشور
في مجلة القانون والاقتصاد السنة العاشرة العددين الخامس والسادس ص ٢٢ - وانظر أيضاً
محمد أبو زهرة في أحكام التركات والموارث ص ٣٨ - ص ٣٩ .

(٢) وغني عن البيان أننا لا نلتزم ، في الملازمة ما بين أحكام القانون الوضعي وأحكام
الشريعة الإسلامية ، أرجح الأقوال في المذهب الحنفي ، فهذا لا يشترط إلا في الأحوال
الشخصية فيما لم يرد في شأنه نص تشريعي . وفي غير ذلك يجوز الاستناد إلى المرجوح من
الأقوال في المذهب الحنفي ، وإلى غير المذهب الحنفي من المذاهب الفقهية الأخرى حتى لو كان
مذهباً غير المذاهب الأربعة المعروفة ، وإلى أية رواية من الروايات التي وردت في هذه المذاهب
المختلفة .

(٣) وقد جاء في المعنى (وهو من كتب الفقه الحنبلي) في هذا الصدد : وإن مات وطيه
ديون موثقة ، فهل تحمل بالموت ؟ فيه روايتان . إحداهما لا تحمل إذا وثق الورثة ، وهو قول
ابن سيرين وعبد الله بن الحسن وإسحاق وأبي حنيفة ، وقال طلوس وأبو بكر بن محمود الزهرى
وسعيد بن إبراهيم الدين إلى أجله ، وحكى ذلك عن الحسن . والرواية الأخرى أنه يحمل بالموت ،
وبه قال الشعبي والنخعي وسوار ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي . لأنه لا يخلو
إما أن يبقى في ذمة الميت ، أو الورثة ، أو يتصلق بالمال . لا يجوز بقاؤه في ذمة الميت ،
لخراجها وتعلو مطالبته بها . ولا في ذمة الورثة لأنهم لم يلتزموها ولا رضى صاحب الدين
بذمهم وهي مختلفة متباينة . ولا يجوز تعليقه على الأعيان وتأجيله ، لأنه ضرر بالميت وصاحب
الدين ولا نفع للورثة فيه . أما الميت فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال الميت مرتب بمنه
حتى يقضى عنه . وأما صاحبه ، فيتأخر حقه ، وقد يمتلئ الميت فيسقط حقه . وأما الورثة ،
فإنهم لا ينتفعون بالأعيان ولا يتصرفون فيها ، وإن حصلت لهم منفعة فلا يسقط حق الميت
وصاحب الدين لمنفعة لهم . ولنا . . أن الموت ما جعل مبطلاً للحقوق ، وإنما هو ميقات
للعلاقة وعلامة على الوراثة . وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم من ترك حقاً أو مالاً فلورثته .
فهل هذا يثبت الدين في ذمة الميت كما كان ، ويمتلك ماله كتملك حقوق الغرماء بمال المفلس -

على حقه ، وهذا هو نفس ما تنص المادة ٢/٨٩٥ مدني في تصفية
التركة تصفية جماعية ، إذ تقول : « وترتب المحكمة لكل دائن من دائني
التركة تأمينا كافيا على عقار أو منقول ، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين
خاص بنفس هذا التأمين . فان استحالة تحقيق ذلك ، ولو بإضافة ضمان
تكميلي يقدمه الورثة من مالهم الخاص ، أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى ،
رُتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها » . وإذا لم تصف التركة
تصفية جماعية ، ففي تأشير الدائن بحقه ، وفقا لأحكام المادة ٩١٤ مدني
وسبقنا تفصيل ذلك فيما يلي ، ضمان كاف يطمئن معه الدائن إلى استيفاء
حقه من التركة حتى مع بقاء الأجل قائما بعد موت المدين ، ويقوم هذا
الضمان مقام توثيق الورثة للدائن .

ومثل الحقوق المالية التي تتصل بمشيتة المورث لا بماله الخيارات ،
وحق الأخذ بالشفعة (١) . وأهم الخيارات هي خيار الشرط وخيار
الرؤية وخيار التعيين وخيار العيب وخيار فوات الوصف . وينسب
الحنفية إلى أن هذه الخيارات لا تورث ، إذ هي متصلة بشخص صاحب
الخيار ، وليست إلا اتجاها لإرادته ومظهرها من مظاهر مشيئته . وليس
للإرادة أو المشيئة بقاء بعد الموت ، فتنتهي به ولا تنتقل إلى الوارث .
إلا أن كلا من خيار التعيين وخيار العيب وخيار فوات الوصف يثبت
للوارث بعد موت المورث ابتداء ، لا بطريق الوارثة والحلافة . لأن
هذه الخيارات إنما تثبت لعل تحقققت في العين ذاتها . فخيار التعيين

= عند الحجر عليه. فان أحب الورثة أداء الدين (عند حلول أجله) والتزامه للغيرم ويتصرفون
في المال ، لم يكن لهم ذلك إلا أن يرضى للغيرم أو يوثقوا الحق بضمين ملء أو دهن يتق به
لوفاء حقه ، فانهم قد لا يكونون أملياء ولم يرض بهم الغريم ، فيؤدي ذلك إلى فوات الحق . . .
وإن مات مفلس وله غرماء بعض ديونهم مؤجل ويضعها حال ، وقلنا المؤجل يجعل بالموت ،
تساووا في التركة فاقسموها على قدر ديونهم . وإن قلنا لا يجعل بالموت ، نظرنا . فان وثق
الورثة لصاحب المؤجل اختص أصحاب الحال بالتركة ، وإن امتنع الورثة عن التوثيق حل
دينه وشارك أصحاب الحال ثلثا يفضى إلى إسقاط دينه بالكلية » (الفتاى ٤ ص ٤٨٥ -
ص ٤٨٧)

(١) سنعرض ، عند الكلام في الشفعة لما إذا كان حق الأخذ بالشفعة ينتقل إلى الوارث
(أنظر مايل فقرة ١٦٣) .

يثبت نتيجة لاختلاط المال ، وكل من خيار العيب وخيار فوات الوصف يثبت لضياح بعض المال أو نقصه . وهذه العلل تبقى قائمة حتى بعد انتقال العين إلى الوارث ، فيثبت الخيار للوارث ابتداء لقيام العلة ، لأن الخيار انتقل إليه من وارثه . ويلزم مالك والشافعي وأحمد إلى أن كلا من خيار التعيين وخيار العيب وخيار الوصف ينتقل بالميراث ، لأنها حقوق مالية تنتقل إلى الوارث كسائر الحقوق ، وإذا كان انتقال العين نفسها إلى الوارث بطريق الإرث والحلاقة فكذلك يكون انتقال الخيار المتعلق بها . وكذلك الحكم في خيار الشرط عند الشافعي ومالك إذ هو حق مالي يقوم الوارث فيه مقام مورثه ، خلافاً لأحمد فقد ذهب إلى أنه لا يورث إلا إذا اختار من له الخيار قبل موته ، أما إذا لم يختار قبل الموت فلا يورث الخيار (١) .

(١) أنظر في كل ذلك مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف جزء ٥ ص ٦٩ - ص ٧٠ - وله جهد في الفرق للفراف وهو من كتب الفقه المالكي : « أعلم أنه يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من مات من حق فلورثته . وهذا اللفظ ليس على عمومته ، بل من الحقوق ما ينتقل إلى الوارث ومنها ما لا ينتقل . فن حق الإنسان أن يلاعن عند سبب القاتل ، وأن يقبض بعد الإيلاء ، وأن يمود بعد الظهار ، وأن يختار من نسوة أسلم عليهن وهن أكثر من أربع ، وأن يختار إحدى الأخنتين إذا أسلم عليهما ، وإذا جعل المتبايعان له الخيار ، فن حقه أن يملك إشفه البيع عليهما ونفسه . ومن حقه ما فوض إليه من الولايات والمناصب ، كالقصاص والإمامة والخطابة وغيرها ، وكالأمانة والوكالة . فجميع هذه الحقوق لا ينتقل للوارث منها شيء ، وإن كانت ثابتة للمورث . بل الضابط لما ينتقل إليه ما كان متعلقاً بالمال ، أو يدفع ضرراً عن الوارث في عرضه بتخفيف ألمه . وما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله وهويته لا ينتقل للوارث . والسر في الفرق أن الورثة يرثون المال فيرثون ما يتعلق به تبعاً ، ولا يرثون عقله ولا شهوته ولا نفسه فلا يرثون ما يتعلق بذلك ، وما لا يورث لا يرثون ما يتعلق به : فالعالم يرجع إلى أمر يقضه لا يشاركه فيه غيره غالباً ، والاعتقادات ليست من باب المال ، والقيمة شهوته ، والسود إرادته ، واختيار الأخنتين والنسوة أربه وميله ، وقضاؤه على المتبايعين عقله وفكرته ورأيه ، ومناصبه وولاياته واجتهاداته وأفضاله الدينية فهو دينه . ولا ينتقل شيء من ذلك للوارث ، لأنه لم يرث مستنده وأصله . وانتقل للوارث خيار الشرط في الميحات ، وقاله الشافعي رحمه الله تعالى ، وقال أبو حنيفة وأحمد ابن حنبل لا ينتقل إليه . وينتقل للوارث خيار الكفشة عندنا ، وخيار التعيين إذا اشترى مورثه عبداً من جدين على أن يختار ، وخيار الوصية إذا مات الموصي له بعد موت الموصي ، وخيار الإقالة والقبول إذا أوجب البيع لزيد فلوارثه القبول والرد . . . وخيار الحبوقية خلاف

٣٠ متى تنتقل حقوق التركة إلى الورثة : وإذ قررنا أن الحقوق المالية تنتقل بالمرث من المورث إلى الورثة ، فإنه يبقى أن نحدد متى تنتقل هذه الحقوق إلى الورثة . وقد اختلفت المذاهب في تحديد وقت انتقال التركة إلى ملك الورثة .

ف عند المالكية ، تبقى أموال التركة على ملك الميت بعد موته إلى أن يسدد الدين ، فإذا ماسدد انتقلت ملكية التركة إلى الورثة من واث السداد .

وعند الحنفية ، يجب التمييز بين ما إذا كان الدين مستغرقا للتركة أو كان غير مستغرق لها . فإن كان الدين مستغرقا ، تبقى أموال التركة على ملك الميت ولا تنتقل إلى ملك الورثة (١) ، فإذا ماصفيت وسددت الديون لم يبق من التركة شيء لأن الدين مستغرق لها . وأما إن كان الدين غير مستغرق ، فالرأى الراجح أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث مع تعلق الدين بهذه الأموال . وهناك رأى ثان يذهب إلى أن الأموال لا تنتقل في هذه الحالة إلى الورثة إلا بعد سداد الدين ،

ومنع أبوحنيفة خيار الشفعة ، وسلم خيار الرد بالميت وخيار تمدد الصفقة وحق القصاص وحق الرهن وحبس المبيع . . . ووافقناه نحن على خيار الهبة في الأب للابن بالاقتصار . . . وسلم الشافعي جميع ما سلمناه ، وسلم خيار الإقالة والقبول . ومدارك المسألة على أن الخيار عندنا صفة للمقد فينتقل مع المقد ، فإن آثار المقد انتقلت للوارث . وعند أبي حنيفة صفة للعقد لأنها مشيئة واختياره ، فبطل بموته كما تبطل سائر صفاته . . . ولم يخرج عن حقوق الأموال إلا صورتان فيما علمت : حد القذف ، وقصاص الأطراف والمجرم والمنافع في الأعضاء . فإن هاتين الصورتين تنتقلان للورثة وهما ليسا بمال ، لأجل شفاء غليل الوارث بما دخل على عرضه من قذف مورثه والحماية عليه . وأما قصاص النفس فإنه لا يورث ، فإنه لم يثبت العجنى عليه قبل موته وإنما ثبت للوارث ابتداء ، لأن استحقاقه فرع زهوق النفس فلا يقع إلا للوارث بعد موت المورث » (الفتاوى للقرافي جزء ٣ ص ٢٧٥ - ص ٢٧٩)

(١) بل لا يستطيع الورثة أن يستخلصوا أموال التركة إلا إذا دفعوا كل الديون ، ولا يمكن أن يدفعوا قيمة التركة ، وهذا على الرأي المشهور في المذهب الحنفى . وفي قول آخر ، يمكن لاستخلاص أموال التركة أن يدفع الورثة لثنتين قيمة هذه الأموال لا جميع الديون (أنظر الوسيط ٤ فقرة ١٩٠ ص ٣٤٠)

ورأى ثالث يذهب إلى أنه يبقى على ملك الميت من الأعيان ما يكفي لسداد الدين وتنقل بقية الأموال إلى الورثة .

وعند الشافعية في المذهب الجديد والحنابلة في أشهر الروايتين ، تنتقل أموال التركة إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث مع تعلق الدين بها ، سواء كان الدين غير مستغرق للتركة أو كان مستغرقاً لها (١) .

ولا شك في أن أموال التركة ، في القانون المصري ، تنتقل ملكيتها إلى الوارث فوراً بمجرد موت المورث ، سواء كانت التركة غير مدينة أو كانت مدينة ، وسواء كان الدين غير مستغرق لها أو كان مستغرقاً . وذلك لأن الميراث سبب لكسب الملكية كما بينا . فتنقل الملكية بمجرد تحقق سبب انتقالها . والميراث يكون بموت المورث ، ومن ثم تنتقل أموال التركة إلى الوارث بمجرد موت المورث . وقد أكدت ذلك المادة الأولى من قانون المواريث إذ نصت على أن « يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتاً بحكم القاضي » (٢) . وعلى ذلك يكون حكم القانون

(١) . أنظر في عرض هذه المذاهب المختلفة والأدلة التي يحتج بها كل مذهب : على الخفيف في مدى تعلق الحقوق بالتركة في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة ص ١٥٨ - ص ١٧٤ . (٢) . ولا يجوز إسناد موت المورث لتاريخ سابق هل وقت حصوله ، وقد جاء في تقرير لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب الخاص بقانون المواريث في هذا الصدد ما يأتي : « بالنسبة لجواز إسناد الوفاة لتاريخ سابق اختلف رأى اللجنة . فاتجه رأى فريق من أعضاء اللجنة إلى عدم جواز الإسناد . واعتمد في تبرير رأيه إلى أن الموت إما أن يكون حقيقة أَوْحَكاً . ففيما يتعلق بالموت الحقيقي ، للقاضي أن يحكم - كلما توافرت لديه الأدلة المقنعة - بأن الوفاة وقعت في تاريخ معين ، وله في ذلك مطلق الحرية في التقدير أسوة بكل نزاع آخر يعرض عليه للفصل فيه . أما الموت الحكي فيحتاج بالضرورة إلى حكم يصدر من القاضي ، وبغير هذا الحكم لا يمكن القول بأن الشخص مات حكماً . فحكم القاضي بقرار الوفاة ويظهرها في الحالة الأولى ، ولكنه ينشئها في الحالة الثانية . ويميزون رأيهم بأن هذا ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الفراء ، وبالتالي فكل رأى يخالفه يعوزه السند الشرعي ، وإلهم بهذا الرأي يتمشون مع المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص بالمفقود . ويضيفون إلى ما تقدم أنه يصعب جداً وضع ضابط محكم يسترشد به القاضي عند إسناد الوفاة إلى تاريخ دون آخر . إذ قد يترتب على هذا الإسناد حرمان شخص من الإرث أو ثبوت حقه فيه . فترك المسألة إلى القاضي يحكم فيها بما عليه عليه تقديره قد يوقفه في الحرج . . . وقد ناقشت اللجنة هذين الرأيين طويلاً ، وانتهت إلى ترجيح الرأي الأول أخذاً بالأضبط والأحوط » .

المصرى في هذه المسألة متفقا مع الشريعة الإسلامية ، وذلك في مذهبين من مذاهبها : الشافعية في المذهب الجديد والحنابلة في أشهر الروايتين .
ويلاحظ أن تحديد وقت انتقال ملكية أعيان التركة إلى الورثة بموت المورث لا يعنى حتماً أن الورثة يستطيعون التصرف في هذه الأعيان من ذلك الوقت ، فإن ملكية الأعيان قد تنتقل إليهم والديون متعلقة بها فلا يستطيعون التصرف فيها على النحو الذى سنبينه فيما يلى . ولكن هناك نتائج أخرى ترتب على تحديد وقت انتقال أعيان التركة إلى ملك الورثة بموت المورث ، لا بوقت سداد الديون (١) .

٣١ - هل تنتقل ديون التركة إلى الورثة أسوة بمحقوقها - مصرى

نظام القاعدة التى تنص بألا تركة إلا بعد سراد الدين : والآن نعرض لأهم مسألة تبرز بين مسائل انتقال التركة إلى الورثة ، وإن كانت أهميتها أصبحت الآن أهمية نظرية بعد أن عالجها التقنين المدنى الجديد وقانون الشهر العقارى علاجاً عملياً .

فهناك قاعدة معروفة في الفقه الإسلامى تنص بألا تركة إلا بعد سداد الدين ، فهل تعنى هذه القاعدة بأن ديون التركة لا تنتقل إلى الورثة

(١) انظر في هذه النتائج بحث الأستاذ حل الخفيف في مدى تعلق الحقوق بالتركة في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة ص ١٧٤ - ص ١٧٧ . ويذكر من هذه النتائج ما يأتى :

١ - تمام أعيان التركة بزيادتها زيادة متولدة أو متصلة : كالثمرة والسمن والولد والرجع ، إذا قلنا ببقاء التركة على ملك الميت ، يكون ملكاً للميت ، تنقضى من هذه الزيادة ديونه وتنفذ وصاياه . وإذا قلنا بأن الملكية تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فإن هذه الزيادة تكون ملكاً للورثة ، فلا تنقضى منها ديون الميت ولا تنفذ منها وصاياه . وقد أعطت محكمة النقض بأن ملكية التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فقضت بأن الدين ، وإن كان مستغرقاً للتركة ، لا يمنع انتقالها لورثة الدين عند موته . وهذا يتفرع عليه أن إيراد التركة ونتائجها يكون حقاً خالصاً للورثة ، فلا يتعلق حقهم بالأصل فقط . وقد قال بهذا الرأى فريق من فقهاء الشريعة الإسلامية في تفسير قاعدة «لا تركة إلا بعد وفاء الدين» ، وهو قول يتفق مع أحكام القانون المدنى . فادعاء الحائز لأعيان التركة بدين كبير على التركة مستغرق لما لا يصح الاستناد إليه في التمسك بقاعدة «لا تركة إلا بعد وفاء الدين» ، في وجه الورثة الذى يطلب إيراد نصيبه في التركة (نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ مجموعة المكاتب للنقض لأحكام النقض في مدى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ٩٩٩ رقم ٨) .

كما تنتقل حقوقها ، وأن التركة لا تنتقل إلى الورثة إلا خالصة من الديون ؟ هذا هو الرأي المشهور في الفقه الإسلامي ، فإذا مات المورث عن دين في ذمته ، بقي الدين في التركة ولا ينتقل إلى ذمة الورثة^(١) . ويكون لدائني التركة أن ينفذوا بحقوقهم على أموال التركة ، حتى لو تصرف فيها الوارث كما سئرى . وليس لهم أن ينفذوا على أموال الوارث الشخصية ، فالتركة وحدها هي المسئولة عن ديونها ، ولا تختلط بأموال الوارث . وهذا بخلاف القانون الفرنسي ، فإن دين التركة فيه ينتقل إلى ذمة الوارث ، ولدائني التركة أن ينفذوا على أموال الوارث الشخصية ، إلا إذا رفض الوارث الميراث أو قبله بشرط التجنب أو الجرد (sous bénéfice d'inventaire)^(٢) . والحقوق التي تترتب على التركة في الفقه الإسلامي

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن القول بأن الوارث مسئول عن دين مورثه بمقدار ما ورثه مناه اختلاط مال المورث ومال الوارث ، وهو أمر غير معروف في القانون المصري مادامت أعيان التركة موجودة ولم يحصل التصرف فيها ، كما أن الشريعة الإسلامية كذلك لا تقر هذه النظرية . ولا تعترف الشريعة الإسلامية بانتقال شخصية المورث لوارثه ، فمضى توفي المورث انتقلت جميع الالتزامات التي كانت بذمة إلى تركته لا إلى ورثته ، فلا يعتبر الوارث إذن مسئولاً شخصياً عن ديون التركة (استئناف مصر ٤ أبريل سنة ١٩٤٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٩٢ ص ١٢٦١) .

(٢) ومركز الوارث في الشريعة الإسلامية قريب من مركز الوارث بشرط التجنب أو الجرد في القانون الفرنسي ، فشخصية الوارث تبقى مستقلة عن شخصية المورث في الحالتين ، وفي الحالتين أيضاً تتعلق ديون المورث بتركته لا بذمة ورثته . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قبل الوارث التركة بشرط الجرد في القانون الفرنسي ، كانت شخصيته مستقلة عن شخصية المورث ، ولا يصح أن يواجه بالالتزام المورث عدم التعرض للمشتري إذا ادعى الاستحقاق لعين من الأعيان تصرف فيها مورثه الغير . وقد أخذ المشرع المصري في انتقال التركات بما يتقارب في هذا الخصوص مع ما يقرره القانون الفرنسي بشأن الوارث إذا قبل التركة بشرط الجرد ، لأنه يعتبر شخصية الوارث مستقلة عن شخصية المورث وأن ديون المورث إنما تتعلق بتركته لا بذمة ورثته . وعلى ذلك فمضى تبين من وقائع الدعوى أن المورث كان قد تصرف في أعيان له الغير بمقتضى عقد بدل لم يسجل ، ثم تصرف في ذات الأعيان بالبيع لأحد أولاده بمقدار بيع مسجل ، فأقام هذا الأخير بعد وفاة البائع دعوى حل للمبادل منه بطلب تثبيت ملكيته إلى هذا القدر ، فرفض برفض دعواه اتباعاً لما هو مفرد في التشريع الفرنسي في شأن الوارث الذي يقبل التركة بنهر تحفظ ، فإن الحكم يكون قد عالج القانون (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٩٦٠) .

هى على الترتيب الآتى : (أولا) حق الميت فى تجهيزه ودفنه . (ثانيا) حقوق دائئى التركة . (ثالثا) حقوق الموصى لم فيما لا يجاوز ثلث التركة بعد سداد ديونها ، إلا إذا أجازت الورثة ما يزيد على ذلك . (رابعا) حقوق الورثة ، وتأتى بعد وفاء حق الميت وسداد ديون التركة وتنفيذ الوصايا .

ولكن ما دام دين التركة لا ينتقل إلى ذمة الوارث بعد موت المورث ، فى ذمة من إذن يكون ؟ هنا اختلفت المذاهب الفقهية وتضاربت فيها الروايات ، ويمكن تلخيص هذا الاختلاف فى إيجاز على الوجه الآتى :

ذهب الحنفية والشافعية إلى أن الدين يبقى فى ذمة الميت حتى بعد موته . فهم يفترضون بقاء الذمة قائمة بعد الموت ، ولكن بشرط أن تتقوى بركة أو بكفيل . وتقوية الذمة بركة أو بكفيل معناه أن هناك ضمانا للدين يكفل سداذه ، وهذا الضمان إما أن يكون تركة الميت فهى مسئولة عن ديونه ، أو كفيلة يتركه الميت بدينه فيكون الكفيل هو المسئول عن سداد الدين . ومتى وجد هذا الضمان ، أمكن افتراض بقاء ذمة المدين قائمة بعد موته ، فى هذا الافتراض فائدة هى بقاء الدين قائما إلى أن يسدد إما من التركة أو من الكفيل . أما إذا لم يترك الميت تركة أو كفيلة بالدين ، فلا سبيل إلى سداد الدين ولا فائدة من افتراض ذمة الميت قائمة تتحمل به ، ومن ثم تخرب الذمة ويسقط الدين . ولا شك فى أن افتراض ذمة الميت قائمة بعد موته هو مجرد محاز قانونى لا يطابق الحقيقة ، فالواقع أن المدين إذا مات لم تعد له ذمة باقية ، وليس افتراض قيام ذمته بعد موته إلا من قبيل الصنعة القانونية .

وذهب المالكية إلى أن الذمة لا تبقى بعد الموت لأنها صفة من صفات الحياة فتزول بزوالها ، والدين يتعلق بالتركة نفسها لا بذمة الميت . فإذا مات المدين ولم يترك مالا ، سقط دينه لانعدام محله . والمالكية فى هذا هم أيضا قد لجأوا إلى الصنعة القانونية . ويمكن تفسير قولهم ، فى لغة القانون الحديث ، بأحد تفسيرين . فاما أن يقال إن التركة تصبح فى هذه الحالة

شخصاً مجنوياً ، يتعلق الدين بلمته (١) . وهذا القول يتعارض مع أحكام القانون الوضعي في مصر ، فقد عدت المادة ٥٧ ملقى الأشخاص المعنوية وليست التركة من بينها . أو أن يقال إن تركة المورث تصبح ذمة مالية (patrimoine) مستقلة تضاف إلى ذمة الوارث الأصلية وتتميز عنها ، فتتعدد ذمة الوارث المالية (٢) ، وقد أقرت النظرية الحديثة في الذمة المالية تعدد الذمة كما بينا عند الكلام في هذا الموضوع في الجزء الثامن من الوسيط . ولكن تعدد الذمة المالية للشخص الواحد لا يتنافى مع أن كلا من هذه النعم المالية المتعددة هو ذمة لهذا الشخص ، فتكون تركة المورث ، وهي ذمة مالية مضافة إلى ذمة الوارث الأصلية ، هي ذمة مالية للوارث نفسه . ويكون مؤدى القول بأن دين الميت يتعلق بتركته أن هذا الدين يتعلق بأحدى ذمى الوارث ، فهو إذن يتعلق بلمة الوارث على كل حال . وهذا ما لم يردده المالكية ، فهم قد قصدوا بجعلهم الدين يتعلق بالتركة أن يفصلوه عن ذمة الوارث بقدر ما قصدوا أن يفصلوه عن ذمة المورث .

أما الحنابلة ، فمنهم من ذهب لمذهب الحنفية والشافعية فقال إن الدين يتعلق بلمة الميت على فرض بقائها قائمة بعد موته ، ومنهم من ذهب لمذهب المالكية فقال إن الدين يتعلق بالتركة نفسها لا بلمة الميت . وهناك رأى ثالث في المذهب الحنبلي يذهب إلى أن الدين لا يتعلق بلمة الميت ولا يتعلق بالتركة ، وإنما يتعلق بلمة الوارث ولكن في حدود ما يتركه الميت من أموال . وهذا الرأى الأخير هو الذى تقف عنده ، فهو أقرب إلى المعمول به في القانون الفرنسى إذًا قبل الوارث الميراث بشرط الجرد أو التجنيب . وهو في الوقت ذاته أكثر انسجاماً مع المنطق الذى ساد الفقه الإسلامى في انتقال الحقوق إلى الورثة ، فكما أن حقوق التركة تنتقل إلى ذمة الوارث بمجرد موت المورث عند الشافعية في المذهب الحنبلية وعند الحنابلة في أشهر الروايتين كما قدمنا ، فن العدالة والمنطق

(١) عبد الفتاح عبد الباقى في نظرية الحق سنة ١٩٥٧ فقرة ٣٩ .

(٢) حسن كيرة ص ٣٧ - ص ٣٨ .

أن تنتقل أيضا ديون التركة إلى ذمة الوارث بمجرد موت المورث . فان الحقوق تقابلها الديون ، فتنقل الديون إلى ذمة الوارث في حدود ما انتقل إلى ذمته من الحقوق . وسرى أن القانون الوضعي في مصر ، في تنظيمه لحماية دائني التركة في كل من التقنين المدني وقانون الشهر العقاري ، يتفق مع هذا الرأي الأخير في مذهب الحنابلة . ومن ثم يكون انتقال التركة من المورث إلى الوارث ، بما لها من حقوق وما عليها من ديون ، وهي مسألة يجب أن تسرى في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية كما قدمنا ، يتفق فيها التقنين المدني مع الفقه الإسلامي في بعض مذهبه .

على أن اختلاف مذاهب الفقه الإسلامي ، في انتقال ديون التركة ، ليست له آثار عملية . فقد اتفقت هذه المذاهب على أن دين الميت يستوفى مما يتركه الميت من أموال ، فتصبح تركة الميت هي المستولة عن سداد ديونه . والدين على هذا النحو يتعلق بمالية التركة لا بنوات أعيانها ، إذ حق الدائن هو أن يستوفى الدين من مالية التركة لا من عين بالذات (١) .

٣٢ - حكم تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الديون

وما يجب من الحماية لحقوق دائني التركة : وما دامت تركة الميت هي المستولة عن سداد ديونه كما قدمنا ، فما هو حكم تصرف الوارث في عين من أعيان التركة قبل سداد الديون ، هل يكون صحيحا أو يبطل ؟

اختلفت المذاهب الفقهية في ذلك ، ولكنها لا تربط الصحة والبطلان بوقت انتقال ملكية أعيان التركة إلى الورثة ، والا لوجب القول بأن من ينهب إلى انتقال الملكية بمجرد موت المورث وقبل سداد الديون يجعل تصرف الوارث قبل سداد الدين صحيحا مادامت الملكية قد انتقلت إليه ، ولكننا سنرى أن هذا غير مطرد .

ف عند الشافعية ، وهم يقولون كما رأينا بانتقال أموال التركة إلى ملك الورثة فورا بمجرد موت المورث ، لا يجوز مع ذلك للوارث أن

(١) على الخفيف في معنى تعلق الحقوق بالتركة في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية

يتصرف في أعيان التركة المدينة ، ولو كان الدين غير مستغرق للتركة .
 ذلك أن التركة تنتقل إلى الوارث متقلة بالدين ، فيتعلق الدين بها كما
 يتعلق الرهن ، والرهن عندهم مانع من بيع العين المرهونة . على أن
 في منهب الشافعي رواية أخرى تقضى بأنه يصح تصرف الوارث في التركة
 المدينة ، لأن الدين حق تعلق بالمال من غير رضا المالك فلم يمنع التصرف
 كمال المريض . فان قضى الوارث الدين نفذ تصرفه ، وإن لم يقضه فسخ
 التصرف . ويتساوى الدائون في اقتضاء حقوقهم من التركة ، فان ظهر
 دائن لم يكن معروفا وقت أن اقتسم الدائون التركة ، رجع عليهم وشاركهم
 فيها أخذه على قدر دينه (١) .

وفي منهب الحنابلة روايتان ، أشهرهما أن أموال التركة تنتقل
 إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث مع تعلق الدين بها ، فان تصرف
 الوارث في التركة قبل سداد الدين صح تصرفه ولزمه أداء الدين ،
 فان أداه نفذ التصرف وإن لم يؤده فسخ . والرواية الثانية تقضى بأن
 أموال التركة لا تنتقل إلى ملك الورثة إلا بعد سداد الدين ، فان تصرف
 الوارث في مال للتركة قبل سداد الدين لم يصح التصرف ، لأنه يكون
 قد تصرف في غير ملكه (٢) .

ورأينا أن الحنفية يميزون بين ما إذا كان الدين مستغرقاً للتركة
 أو كان غير مستغرق لها . فان استغرق الدين أموال التركة ، تبقى هذه
 الأموال على ملك الميت ولا تنتقل إلى ملك الورثة ، ويكون أى تصرف
 للوارث في مال التركة باطلاً في هذه الحالة . وإن لم يستغرق الدين أموال
 التركة ، فالرغم من أن هناك قولاً بانتقال أموال التركة إلى ملك الورثة ،
 لا يجوز مع ذلك للوارث التصرف في هذه الأموال ، فان تصرف كان
 تصرفه باطلاً . وهناك من قهأ الحنفية من ينهب إلى أن تصرف الوارث
 في هذه الحالة يكون صحيحاً نافذاً ما بقى في التركة ما بقى بسداد الدين ،

(١) أنظر في ذلك المذهب جزء أول ص ٢٢٧ .

(٢) أنظر في ذلك المذهب جزء ٤ ص ٤٨٧ .

أو إذا أجاز الدائن التصرف (١) .

وعند المالكية ، وهم القائلون ببقاء أموال الشركة على ملك الميت حتى يسدد الدين ، يقتضى منطق هذا القول أن يكون تصرف الوارث

(١) أنظر في ذلك المبسوط جزء ٢٩ ص ١٢٧ - ص ١٣٨ - الزيلعي جزء ٥ ص ٢١٣ - ص ٢١٤ وجزء ٦ ص ٢١٤ .

وقد قضت محكمة استئناف مصر ، تطبيقاً لهذا الرأي في منبج الحنفية ، بأن الشركة المستفزة بالديون ، طبقاً لشرعية الفراء ، لا يملكها الوارث ولا يملك التصرف فيها ، وكل تصرف منه يقع باطلاً بالنسبة إلى الدائنين لأن لهم حق متابعة الشركة . أما غير المستفزة ، فقد أباح الفقهاء الورثة التصرف في أعيانها حتى لا تتصل في أيديهم ، ولذلك لا يجوز للدائن التعرض لهم في تصرفاتهم فيها . حل أن حق الوارث ليس مطلقاً ، بل يقف حين لا يبق في الشركة إلا ما يكتفى لوفاء بالديون ، وكل تصرف زاد على ذلك فهو باطل (استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٧٧ ص ١٦٥) . وقضت أيضاً بأن ليس للوارث حق التصرف في الشركة قبل سداد الدين ، ولا يمنع ما يحصل من تصرف منه الدائن من متابعة أعيان الشركة في يد المشتري لاستيفاء حقوقه منها ، لأن الوارث لا يستطيع أن يبيع أكثر مما يملك ، ولا يملك من الشركة إلا ما يتبقى بعد سداد الدين ، فلا يمكنه أن يبيع ولا أن يملك المشتري إلا بهذا القدر . ويقع باطلاً كل تصرف في الشركة قبل سداد ديونها . ولا حل في هذه الحالة للبحث فيما إذا كانت شروط دعوى إبطال التصرفات المضارة بالدائن متوافرة ، أو دعوى الصورية متوافرة أو غير متوافرة (استئناف مصر ٢٥ مارس سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٤٢٠ ص ١٠١) . وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف مصر ٦ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٤٦ ص ٩٤ - استئناف مخطط ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٣ - ١٣ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٣ - ٨ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٦ - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٣ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٣١ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١١٩ - ٢ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٥ - ٩ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٢ (ويقع عبه إثبات أنه لا يزال باقياً في الشركة مال لوفاء بالديون وتأمين هذا المال على الورثة ومن تصرف الورثة لهم) - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ١٥ - ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٧١ - ٤ يوفية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٢٧ (عبه إثبات أن في الشركة مالا معيناً يفي بديونها يقع على الورثة ومن تصرف الورثة لهم) - ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١٧ - ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٣٦ - ١٠ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٧٦ - ٢٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٢٤ - فلذا كانت الشركة مستفزة ، وتصرف الوارث ، وأهل الدائن في تقاضي حقه مدة طويلة (ثلاثين سنة) ، لم يكن له بعد هذا الإهمال أن يتبجح العين في يد من تصرف له الوارث (استئناف مخطط ١٤ يوفية سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٣١) .

وقارن استئناف مصر ٢٠ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٣ رقم ١٩٤ ص ٤٤٥ .

في أعيان التركة قبل سداد الدين باطلا ، سواء كان الدين مستغرقا أو غير مستغرق . ولكن هذا هو أحد رأيين في المذهب ، وليس مبنيا على انعدام ملك الورثة ، بل على حماية حق الدائن فهو مقدم على الورثة . والرأي الآخر يذهب إلى أن تصرف الوارث في التركة المدينة قبل أداء الدين صحيح إذا لم يمس حق الدائن ولم يتضرر هذا به ، كأن يأذن فيه قبل أن يباشره الوارث ، أو يتزل عن دينه ، أو يبق من التركة بعد التصرف ما يكفي لسداد الدين . وإذا لم يستطع الدائنون أخذ حقوقهم إلا من المبيع ، فلذلك حالتان : الحالة الأولى أن يكون الوارث حلالا بالدين وقت تصرفه أو أن يكون الميت مشهورا بأنه مدين ، وعند ذلك يفسخ البيع إلا إذا دفع المشتري قيمة المبيع يوم قبضه ، فاذا دفعها لزم البيع ورجع المشتري على بائعه من الورثة بما ذرم من قيمته . والحالة الثانية أن يكون الوارث غير علم بالدين ولم يكن الميت مشهورا بأنه مدين ، وعند ذلك يسلم المبيع لمشتريه ، ويرجع الدائنون على الوارث بقدر الثمن سواء كان فيه وفاء بالدين أولا ، ولا رجوع لهم على المشتري بشيء إلا إذا حاباه الوارث في البيع فيرجع الدائنون بقدر الحاباة فقط . ويتساوى الدائنون في اقتضاء حقوقهم من التركة ، فان ظهر بعد ذلك دائن لم يقتض حقه ، رجع على الورثة بما في أيديهم من أموال التركة . فان لم تكف هذه الأموال لوفاء دينه ، رجع على الدائنين بما فاته من حصته (١) .

ويخلص مما قدمناه في اختلاف المذاهب الفقهية أن منع الورثة من التصرف في أعيان التركة قبل سداد الدين لا يرجع إلى عدم انتقال الملكية إليهم قبل هذا السداد ، بل يرجع إلى حماية دائني التركة . ولما كان نظام شهر الحقوق عن طريق التسجيل أو القيد نظاما حديثا لا تعرفه القوانين القديمة ولم يكن مستطاعا حماية حقوق الدائنين عن طريق الشهر ، فقد

(١). أنظر في ذلك المدونة الكبرى جزء ٣ ص ٥٧ - ص ٥٩ .

وانظر في كل ما تقدم مصادر الحق في الفقه الإسلامي جزء ٥ ص ٨٧ - ص ٩٣ .
وانظر أيضا الوسيط ٤ فقرة ١٩١ .

لما الفقه الإسلامى لحماية حقوق دائئى التركة إلى أحد طريقين : (١) إما أن يجعل تصرف الوارث فى أعيان التركة قبل سداد الديون باطلا ، وبذلك تبقى الأعيان فى التركة لينفذ عليها الدائنون . ونجد هذا القول فى كل من المذاهب الأربعة على النحو الذى أسلفناه ، وهو طريق فيه إمعان فى حماية الدائنين وتضحية لمصالح الورثة ومن يتصرف له هؤلاء . (٢) أو يوفق بين حق الدائن وحق الوارث ، فيبيع تصرف الوارث فى أعيان التركة قبل سداد الدين ويجعل هذا التصرف صحيحا ، ولكنه لا يجعله نافذا فى حق الدائن إلا إذا أجاز الدائن التصرف أو نزل عن دينه أو استوفى هذا الدين أو بقى فى التركة مال يكفى للوفاء به . وهذا القول الآخر نجده أيضا فى كل من المذاهب الأربعة ، كما سبق البيان .

ولما كان التقنين المدنى قد صرح ، كما رأينا ، بوجود تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى انتقال التركة إلى ملك الوارث ، فانه قد التزم هذه الأحكام ، واختار من المذاهب المختلفة ما يتلاءم مع مبادئه العامة (١) . ومن ثم فقد قرر ، فى انتقال أموال التركة من المورث إلى الوارث وفى

(١) ومع ذلك فقد قصت محكمة النقض ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، بالتزام أرجح الأقوال فى فقه الحنفية . فقد قضت بأن الشارع ، إذ أخضع دعاوى الحقوق لقانون المدنى وجعلها من اختصاص المحاكم المدنية ، فقد أبى الموارث خاصة للشريعة الإسلامية تقضى فيها المحاكم الشرعية بصفة أصلية طبقاً لأرجح الأقوال فى مذهب الحنفية . فإن تعرضت لها المحاكم المدنية بصفة فرعية ، كان عليها أن تتبع نفس المنهج . ثم صدر القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ مقتناً أحكام الإرث فى الشريعة الإسلامية ، فلم يغير الوضع السابق بل أكدّه . وأعقبه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ، فنص صراحة على أن « قوانين الموارث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيها هى قانون البلد فيما يتعلق بالموارث والوصايا بالنسبة إلى المصريين كافة من مسلمين وغير مسلمين » . على أنه إذا كان المتوفى غير مسلم ، جاز لورثته طبقاً لأحكام الشريعة الفراء الاتفاق على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى . وإذا كان الرجوع إلى الشريعة الإسلامية بوجه عام ، وإلى أرجح الآراء فى فقه الحنفية بوجه خاص ، متعيناً بالنسبة إلى حقوق الورثة فى التركة المدنية ومدى تأثيرها بحقوق دائئى المورث باعتبار ذلك من أخص مسائل الموارث ، فإن القانون المدنى إذ يقرر حكم تصرف الوارث فى التركة المدنية ، باعتبار هذا التصرف عقداً من العقود ، إنما يقرر ذلك على أساس ما خوله الشريعة الوارث من حقوق (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٩ ص ٣٥٦) .

حقوق الدائنين المتعلقة بالتركة وكيفية سداد الديون ، المباحث الرئيسية الآتية :

أولاً - تنتقل أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث ، مع تعلق حقوق دائني التركة بها . فتنقل هذه الأموال إلى الورثة مثقلة بحق عيني^(١) . قريب من أن يكون حق رهن ولكنه رهن مصلوه

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التركة عند الحفنة ، مستفزة كانت أو غير مستفزة ، تشغل بمجرد الوفاة بحق عيني لدائني المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها بالتقدم على سواهم من تصرف له الوارث أو من دائنيه . وهذا هو القانون الواجب على المحاكم المدنية تطبيقه إذا ما تعرضت لفصل في مسائل الموارث بصفة فرعية . ولا يخول دون ثبوت هذا الحق العيني لدائني التركة ائتمال بأن الحقوق العينية في القانون المدني وودت على سبيل المحصر ، وبأن حق الدائن هذا من نوع الرهن القانوني الذي لم يرد في التشريع الوضعي ، وذلك لأن عينية الحق مقررة في الشريعة الإسلامية ، وهي ، على ما سبق القول ، للقانون في الموارث (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٩ ص ٣٥٦ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) . وقضت أيضاً بأن موذى قاعدة ألا تركة إلا بعد سداد الدين أن تركة المدين تشغل بمجرد الوفاة بحق عيني لدائني المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها تحت يد أي وارث أو من يكون الوارث قد تصرف إليهم مادام أن الدين قائم ، دون أن يكون لهذا الوارث حق الدفع بانقسام الدين على الورثة . أما إذا كان الدين قد انقضى بالنسبة إلى أحد الورثة بالتقادم ، فإن لهذا الوارث ، إذا ما طالبه الدائن قضائياً ، أن يدفع بانقضاء الدين بالنسبة إليه - كما لا تمنع المطالبة بالدين من تركة المدين للمورث من سريان التقادم بالنسبة إلى بعض ورثة المدين دون البعض الآخر الذين انقطع التقادم بالنسبة إليهم ، متى كان محل الالتزام بطبيعته قابلاً للانقسام (نقض مدني ٧ يونيو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١١٦ ص ٧٧٤) . وقضت كذلك بأن ورثة المدين ، باعتبارهم شركاء في تركة كل منهم بحسب نصيبه ، إذا أبدى واحد منهم دعواً موحداً في الحق للمدعي به على التركة ، كان في إيداعه نائباً عن الباقين ، فيستفيدون منه . وذلك لأن التركة منفصلة شرعاً عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة ، ولدائنين عليها حق عيني بمعنى أنهم يتقاضون منها ديونهم قبل أن يورث شيء منها للورثة وبصرف النظر عن نصيب كل منهم فيها . وحل هذا الاعتبار يكون دفع المطالب الموجهة إلى التركة في شخص الورثة غير قابل للتجزئة ، ويكفي أن يديه البعض لاستيفاء منه البعض الآخر . فإذا تمسك بعض الورثة في دعوى مرفوعة منهم بطلب يرامة ذمة مورثهم من دين عليه يسقط هذا الدين بالتقادم ، فإنهم يكونون في هذا الدفع نائبين عن باقي الورثة الذين لم يشتركوا في الدعوى ، ويفيد من الحكم بسقوط الدين للورثة الآخرين الذين لم يشتركوا في الدعوى (نقض مدني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٥٦ ص ١٠٥٠) .

القانون : ومن ثم فهو أقرب إلى أن يكون حق رهن قانوني . وليس هو بحق امتياز لأن الامتياز يرجع إلى طبيعة الحق الممتاز ، ولم تتغير طبيعة حق الدائن بموت مدينه .

ثانيا - ولما كانت أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فإنه يجوز للورثة منذ هذا الوقت أن يتصرفوا فيها إذا شهبوا حقوق لآدثهم على النحو الذى سنبينه فيما يلى : ولكن تصرفهم يكون خاضعا لحقوق الدائنين (١) ، على النحو الذى أسلفناه .

= وانظر آنفاً نقض مدنى ٢٥ مارس سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٦١ ص ٣٨٤ - استئناف مخطط ١٨ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٨ - ٧ يونيه سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٣٣ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٤٩ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦١ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٨٥ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٥٠ - ٥ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٨٧ - ٢٤ يونيه سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٠٠ - ٨ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٤ - ١٧ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٠ .

وصية حق دائنى التركة لا ترجع إلى طبيعة هذا الحق ، فهو لم يكن عينياً قبل موت المورث . وإنما أصبح عينياً بعد موته لبيان واقعين ، اجتماع فتح عن اجتماعهما هذه العمية الواقعة . السبب الأول أن المورث بعد موته لا يستطيع أن يستدين ، فانحصرت ديونه بموته ، ولم تعد تقبل الزيادة . والسبب الثانى أن المورث بعد موته لا يستطيع أن يتصرف فى أمواله ، فأصبحت هذه الأموال لا تقبل التقصان . وأصبحت كلها ضامنة لديونه المنحصرة على النحو المنظم ، وضامنة لهذه الديون وحدها ، إذ أنها بحكم القاعدة التى تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين لا تتخلص لوارث إلا بعد سداد ديون المورث . وباجتماع هذين السببين الواقعيين - ديون منحصرة لا تقبل الزيادة وأموال مينة لا تقبل التقصان - نتج أن هذه الديون المينة بالذات قد تركزت فى هذا الضمان المعين بالذات . وهذه هى معنى الحق العينى تجتمع بحكم الواقع ، فأصبح حق دائنى التركة حقاً عينياً بحكم الواقع قبل أن يكونه بحكم القانون .

(١) وقد قضت محكمة النقض ، منذ عهد التقنين المدنى السابق ، بأن تصرف الورثة فى التركة المستترقة يبيع بعض أعيانها خاضع لحكم القانون المدنى من حيث اعتباره صادراً من غير مالك وبالتالي سبياً مهيماً لاكتساب الملكية بالتقادم الحسى ، ومن حيث عدم اعتباره محلاً لدعوى إبطال التصرف إضراراً بدائنى التركة . لكن الحكم الصادر على هذا الأساس بملكية المشتري للمين المينة له لا يكسب هذه الملكية إلا بعملية بحق الدائن العينى ، لأن التقادم قصير المدة المكسب للملكية لا يمكن أن يكون فى الوقت نفسه تقادماً يسقط للحق العينى الذى ينقلها ، إذ هذا الحق إما هو حق تبين لا يسقط بالتقادم مستقلاً عن الدين الذى هو تابع له . ويقال

ثالثاً - وقد استعان التقنين المدني بنظام الشهر المعروف في القوانين الحديثة ، والذي لم يكن معروفاً في الفقه الإسلامي كما قلنا . وبدلاً من أن يلجأ ، كما لجأ الفقه الإسلامي ، إلى إبطال تصرف الوارث الصادر قبل سداد الدين ، أو حتى إلى جعله غير نافذ في حق دائي التركة ، فإنه قد لجأ إلى نظام الشهر هذا . فأوجب شهر حق الدائن وهو حق عيني كما أسلفنا ، فإذا ما شهر هذا الحق صار نافذاً في حق الغير من عيني أن يتصرف له الوارث . وبذلك تم حماية دائي التركة على أسلوب يتفق مع النظم الحديثة في الشهر وهي النظم التي تتلاءم مع مبادئ القانون المصري^(١) ، ويكون لمولاء الدائنين حق تتبع أعيان التركة في يد من تصرف له الوارث وحق التقدم على دائي الوارث ، فتوافر لهم الحماية كاملة (٢) .

سحذا الحق العيني على الأرض المبيعة هو سنة الدائن في تتبعها بالتنفيذ تحت يد المتصرف إليه . وإذن فن الخطأ أن يقضى بالفاء إجراءات نزع الملكية التي يتخلها الدائن على تلك الأرض ، إذ هذا القضاء يكون فيه إهدار لحق الدائن في تتبع العين لاستيفاء دينه (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٦٠ ص ٣٦٥) .

(١) وقبل قانون الشهر العقاري الذي أعضج حق الوارث لشهر ديون التركة ، لم يكن الشهر لازماً لتتبع دائن التركة في يد المشتري عيناً من أعيانها بأعيان الوارث . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن حق دائن التركة في تتبع العين المبيعة منها لا يشترط له ، لكي ينفذ في حق المشتري ، أن يكون الدين مسجلاً أو مشهوراً (نقض مدني ٢٤ يناير سنة ١٩٤٦ بمجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٠ رقم ١١) .

(٢) وقد قضى بأن التركة ، مسترفة كانت أو غير مسترفة ، تنتقل بمجرد الوفاة محقة بحق عيني لدائني المتوفى ، بخلاف لم تتبعها واستيفاء ديونهم بالتقدم على موارث من تصرف له الوارث أو من دائنيه . هذا الحق العيني يتوافر له خصيصة التتبع والتقدم لاستيفاء دائني المورث حقوقهم من التركة بلا تفرقة بين حائز حسن النية وآخر سيئ النية ، وإنه متعلق بالتركة كلها تملك دين الرهن بالرهنون (دمهور الكلية ٢١ مارس سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ رقم ٥٧٥ ص ١٥٧٠) .

وننظر في ذلك الوسيط ٤ فقرة ١٩١ ص ٣٤٤ - ص ٣٤٥ وقرة ١٩٢ . وفيما يتعلق بتركات الأجانب ، ننظر في تحقيق الوراثة وقبول الإرث ورفضه للمواد ٩٣٨ - ٩٣٩ مرافعات .

ونفصل فيما يلي ما أوجلاه من هذه المبادئ ، في حماية حقوق دائني
التركة في القانون المصري .

المبحث الثاني

تنظيم حماية حقوق دائني التركة في القانون المصري

٣٣ - الطريقة اللازمة لنظمها القانون - طريق الإجراءات
الفردية وطريق التصفية الجماعية : وقد نظم القانون طريقين لحماية حقوق
دائني التركة :

(الطريق الأول) طريق الإجراءات الفردية ، وهو الطريق المعتاد
المألوف . وفيه يبدأ الدائنون بشهر حقوقهم بالتأشير بها على هامش
شهر حق الإرث ، على النحو الذي سنتينه فيما يلي . ثم يستوفى الدائنون
حقوقهم من أموال التركة بموجب إجراءات فردية يتولاها كل دائن
لنفسه ، فيتخذ من الإجراءات التحفظية والإجراءات التنفيذية لاستيفاء
حقه ما يقرره القانون لكل دائن ، وذلك إما عن طريق الحجز على
أموال التركة وهي في يد الورثة (١) ، أو عن طريق تتبعها والحجز عليها

(٧) وهناك قاعدة شرعية تقضي بأن الوارث ينتصب خصماً عن باقي الورثة في الدعاوى
التي ترفع من التركة أو عليها (م ٣٤١ لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) . وقد قضت محكمة
التنقيص في هذا الصدد بأن هذه القاعدة الشرعية تكون صحيحة لو أن الوارث الواحد كان قد
خاصم أو غوصم في الدعوى طالباً الحكم لتركته نفسها بكل حقها أو مطلوباً في مواجهته الحكم
على التركة نفسها بكل ما عليها . أما إذا كانت دعوى الوارث لم يكن مقصوده الأول منها
سوى تبرئة ذمته من نصيبه في الدين ذلك التصيب المحدد المطلوب منه في الدعوى ، فإن الواضح
أنه يعمل لنفسه فقط في حدود هذا التصيب المطلوب منه ولصالحه الشخصية فقط في تلك
الحدود ، لاصلاحه عموم التركة ككاتب شرعي عنها وقائم في الخصومة مقامها ومقام باقي
الورثة (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام التنقيص في ٢٥ عاماً
جزء ٢٠ ص ١٠٠٦ رقم ٤٩) . وقضت أيضاً بأن معنى المادة ٣٤١ من لائحة ترتيب المحاكم
الشرعية هو أن الوارث الذي لم يظهر في الخصومة يعتبر ممثلاً فيها عن طريق نيابة الوارث
الآخر له ، أو بعبارة أدق عن طريق المورث الذي يتلقى الحق عنه ، إلا أنه مع ذلك لا يعتبر
محكوماً عليه مباشرة ، بل يكون من التغير الذي له حق الطعن بالتعدي ، فلا يجوز الحكم عليه
حجبه ما (نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفني لأحكام التنقيص في ٢٤ عاماً -

في يد الغير بعد أن يتم شهر حق الدائن . ويتربى على ذلك أن حالة الدائنين ، فيما بينهم ، بعد موت المدين ، من حيث الالتجاء إلى الإجراءات

= جزء ٢ ص ١٠٠٦ رقم ٥٠) . وقضت كذلك بأنه لا يفيلن الحكم الصادر بإبطال الوقف فيما زاد على ثلث التركة لصوره في مرض موت الواقف سوى الوارث المحكوم له ، لأنه إما كان يعمل لمصلحته ولم يكن مثلاً لبقية ورثة الواقف . وإن مجرد ثبوت أن الوقف صدر في مرض موت الواقف في الدعوى التي رفعها هذا الوارث لا يقتضي بطلان الوقف فيما زاد على ثلث التركة بالنسبة إلى جميع ورثته (نقض مدني ٢٥ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة وكب القني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ رقم ٥١) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان كل من الورثة يطالب بتعيينه الخاص في التمويض الذي يستحقه عن مورثه ، وحكم يرفض دعواهم ، فانفرد أحدهم برفع استئناف عن هذا الحكم طالباً إلغاء الحكم له بمقدار نصيبه وحده في التمويض ، فإن علمه هذا يكون لنفسه فقط ولمصلحة الشخصية ، لا لمصلحة عموم التركة ككاتب شرعي عنها . ولا يعتبر الحكم الصادر في الاستئناف باستحقاقه حصته الميراثية في التمويض قضاء باستحقاق باقي الورثة لأنصبتهم في هذا التمويض (نقض مدني ٦ فبراير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٣٥ ص ١٩٩) . وقضى بأنه إذا كانت بعض المحاكم وعلى رأسها محكمة النقض قد أجازت في بعض الأحوال أن ينتصب بعض الورثة ممثلين لبعض الآخر في الخصومات التي تتعلق بالتركة ، فإن هذه الإجازة مناهة تمثيل أفراد معينين للمنازعات الخاصة بمقوق أفراد آخرين وجواز توجيه الخصومة إليهم ، كما يمثل الدائن مدينه في بعض الدعاوى - وليس مناهة علم الالتفات إلى جنسية هؤلاء الورثة لو عمل إقامتهم الشخصي لتحديد مسائل الاختصاص (الاسكندرية الكلية مستجبل ٢٤ فبراير سنة ١٩٤١ المأماة ٢٣ رقم ٢٠٣ ص ٤٨٤) .

وانظر أيضاً في الحالات التي يمثل فيها الوارث بقية الورثة : نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب القني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٥ رقم ٤١ - ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة ٢ ص ١٠٠٥ رقم ٤٣ - ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ نفس المجموعة ٢ ص ١٠٠٥ رقم ٤٥ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ٢ ص ١٠٠٦ رقم ٤٦ - استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٦٤ - ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٤٧ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٥ - ١١ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٩ - ١٠ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٧١ - ٤ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٩٥ - ٥ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٨٧ - ٢٧ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٢ ص ١١٦ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٨ - ٢٨ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ١٨٠ - ١٣ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٣٢ - ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٧٤ - ٨ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٤ - وفي الحالات التي لا يمثل فيها الوارث بقية الورثة : نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب القني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٦ رقم ٤٨ - ٢٥ مايو سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة ٢ ص ١٠٠٦ رقم ٤٧ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة ٢ ص ١٠٠٥ رقم ٤٤ - ٥ مايو سنة ١٩٥٥ نفس نفس المجموعة ٢ ص ١٠٩٢ رقم ٨٢ - ٢٣ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٤٩٦ .

الفردية ، تماثل حالتهم قبل موته . فن سبق منهم غيره إلى التنفيذ ظفر حقه ، ومن تأخر فقد يضيع عليه حقه كله أو بعضه . على أنه لا يجوز لأى دائن ، بعد موت المدين ، أخذ اختصاص على عقار فى التركة (م ٢/١٠٨٥ مدنى) . ولكن دائنى التركة ، فى هذا الطريق الأول ، يتقدمون على دائنى الورثة الشخصيين ، ويتبعون أعيان التركة فى يد من تصرف له الوارث فيها . فيزة هذا الطريق لا تظهر فى علاقة دائنى التركة فيما بينهم ، وإنما تظهر فى علاقتهم بدائنى الورثة الشخصيين وبالغير الذى يتصرف له الوارث .

(الطريق الثانى) طريق الإجراءات الجماعية ، وهو طريق التصفية الجماعية للتركة . وسرى فيما يلى أن هذا الطريق طويل معقد ، وهو لا يصلح إلا للتركات الكبيرة الكثيرة الديون . ومن ثم جعل طالب إخضاع التركة لنظام التصفية رخصة لأى من ذوى الشأن - الدائن أو الموصى له أو الوارث - على أن يخضع هذا الطلب لتقدير القاضى ، فان لم ير موجبا لذلك رفض إخضاع التركة لهذا النظام . ويبدأ الطريق بتعيين مصف للتركة ، ويشهر الأمر الصادر بتعيين المصفى عن طريق القيد ، ويقوم هذا القيد مقام تأشير الدائن بدينه فى الطريق الأول ، وتغل أيدى الورثة عن التصرف فى أموال التركة ، وتصبح حقوق الدائنين نافذة فى حق الغير . ويكون سداد الديون بإجراءات جماعية يتولاها المصفى ، ومن ثم لا يجوز لأى دائن أن يتخذ إجراءات فردية لاستيفاء حقه . بل يقوم المصفى فى التركة ، كما يقوم السنديك فى التفليس ، بمجرد أموال التركة وحصر الديون التى عليها وسدادها ، ثم يوزع مابقى بعد السداد على الموصى لهم والورثة . وإن ضاقت التركة بوفاء الديون ، تحاص الدائنون وأخذ كل منهم حصة بنسبة حقه ، إلا من كان من الدائنين له حق التقدم قانونا على غيره كدائن مرتين ، ولا يأخذ الموصى لهم والورثة شيئا فى هذه الحالة (١) . ونرى من ذلك أن ميزة هذا الطريق الثانى ، طريق الإجراءات الجماعية ، لا تظهر فحسب فى علاقة دائنى التركة بدائنى الورثة الشخصيين

وبالغير الذى تصرف له الوارث ، بل أيضا - وهذا ما يتميز به عن الطريق الأول طريق الإجراءات الفردية - فى علاقة دائئى التركة فيما بينهم ، فلا يسبق أحدهم الآخرين ويتساوون جميعا كما يتساوى دائئو التفليسة .

ونستعرض الآن تفصيلا كلا من الطريقين سالتى الذكر .

المطلب الأول

طريق الإجراءات الفردية

٣٤ - نص قانونى : تنص المادة ٩١٤ مدنى على ما يأتى :

« إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقا لأحكام النصوص السابقة ، جاز لدائئى التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التى حصل التصرف فيها ، أو التى رتب عليها حقوق عينية لصالح الغير ، إذا أشروا بديونهم وفقا لأحكام القانون (١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولم يكن فى هذا التقنين نظام لشهر حقوق دائئى التركة .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٤٧ من المشروع التمهيدي على الوجه

الآتى : ١٥ - « إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقا لأحكام النصوص السابقة ، جاز لدائئى التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم ، أو بما أوصى به إليهم ، على عقارات التركة التى حصل التصرف فيها ، أو التى رتب عليها حقوق عينية لصالح الغير . ٢ - ويسقط حقها هذا بعد انقضاء سنة على فتح التركة ، ما لم يؤشروا ، بمقتضى أمر على عريضة ، بما لهم من ديون فى سجلات المحكمة المنصوص عليها فى المادة . . . ، وعلى أن يتم هذا التأثير قبل أن يقيى الغير حقه على العقار . ٣ - ويكون لقيى الأمر الصادر بتعيين المصنف من الأثر ، فى حق الغير الذى تعامل مع الورثة بشأن عقارات التركة ، ما للتأثير المنصوص عليه فى الفقر السابقة . وفى بنة المراجعة حذفت الفقرة الثالثة بعد أن أضيفت إلى مادة سابقة ، وأدجت الفقرتان الأولى والثانية فى فقرة واحدة ، وأدخل عليها من التعديل ما جعلها مطابقة لتقرير لما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمها ٩٨٥ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٨٢ بعد تعديل البارة الأخيرة منه فصار «وفقا لأحكام القانون ، وأصبح النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٤ (مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ٢٨٩ - ص ٢٩١) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٧٥ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩١٨ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٠٧ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ١٣١ (١) .

ويخلص من النص سالف الذكر أنه إذا لم تتقرر تصفية التركة تصفية جماعية على النحو الذي سنبينه ، لم يكن أمام دائي التركة إلا اتخاذ إجراءات فردية للتنفيذ بحقوقهم على أموال التركة ، كما كانوا يفعلون لو أن المورث مدينهم كان حياً . وقد يقع أن يتصرف الورثة في عقارات التركة بعد شهر حقوقهم في الإرث ، أو يربوا على هذه العقارات لصالح الغير حقا عينيا كرهن رسمى أو رهن حيازة ، إذا أن ملكية هذه العقارات قد انتقلت إلى الورثة بمجرد موت المورث كما سبق القول . فعلى دائي التركة (وكذلك الموصى لهم إذا أصبحوا دائنين للتركة بموجب الوصية ويأتون في الترتيب بعد الدائنين) ، إذا أرادوا أن يحتفظوا لأنفسهم بحق تتبع العقارات في أيدي الذين تصرف لهم الورثة ، وبحق التقديم على

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٨٧٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩١٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٠٧ : ١ - لدائي التركة المدينين والموصى لهم أن يلاحقوا لاستيفاء حقوقهم في التركة العقارات التي نقلت الورثة ملكيتها للغير أورتبت عليها حقوقاً عينية . ٢ - ويسقط حقهم هذا بعد انقضاء ثلاث سنوات من موت المدين ، فإذا انقضت هذه المدة نفذ تصرف الورثة في التركة قبلهم ، إلا إذا كان التصرف قد صدر توأماً مع الغير للإضرار بهم . (ويستثنى التقنين العراقي عن شهر حق الدائن بتحديد مدة ثلاث سنوات إذا انقضت كان تصرف الوارث في عقار التركة نافذاً في حقه . ومؤدى ذلك أن من تعامل مع الوارث في عقار للتركة لا يضمن على تعامله إلا إذا كان قد مضى ثلاث سنوات على موت المورث ، ويمكن اعتبار هذه المدة مدة إسقاط délai de déchéance يسقط بانقضائها حق رجوع دائي التركة في الرجوع على عقاراتها) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ١٣١ : التأمين الإجباري هو التأمين الذي يسجل حكماً ، سواء أكان برضا أم بغير رضا صاحب العقار ، وفي الأحوال المبينة فيما يلي . ولا يكون هذا التأمين ألا باسم معين . أما الحقوق والديون التي يعقد التأمين الإجباري لضمانها فهي ... (٥) حقوق وديون الدائنين أو الملقى لهم بتركة . فالتأمين الإجباري يمتد على عقارات التركة ، ضماناً لفرز التركة عن أموال الوارث . (في القانون اللبناني يضمن حقوق دائي التركة والموصى لهم رهن قانوني يقيد على عقارات التركة) .

الدائنين الذين رتبتم الورثة على العقارات حقوقا عينية ، أن يقوموا بشهر حقوقهم وفقا لأحكام القانون . والقانون هنا هو قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، فقد نص في المادة ١٤ منه على أنه « يجب التأشير بالمحركات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في هامش تسجيله الإشهادات أو الأحكام أو السندات (المثبتة لحق الإرث) وقوائم المرد المتعلقة بها . ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه ، فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا عقاريا وقام بشهره قبل هذا التأشير » (١) . وقد تلى قانون تنظيم الشهر العقاري قانون نظام السجل العيني رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ ، وهو قانون يعمل به في الأقسام المساحية التي يصدر بتعيينها قرار من وزير العدل على الوجه الذي سنيته عند استعراض هذا القانون في أثناء الكلام في العقد باعتباره سببا لكسب الملكية . وقد نصت المادة ٣١ من قانون نظام السجل العيني هي أيضا على أنه « يجب التأشير بالمحركات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في صفح السجل العيني المخصصة لأعيان التركة أو حقوقها . ويجب على الدائن إعلان كل ذي شأن بقيام الدين قبل التأشير به . ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ القيد المشار إليه في المادة السابقة (قيد حق الإرث) ، فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا وقام بقيدته قبل هذا التأشير ».

(١) وفي المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق ، نصت المادة ١٢ من هذا المشروع على نفس ما تنص عليه المادة ١٤ من قانون الشهر العقاري الحالي ، ولكن المشروع الجديد أضاف فقرة متوسطة بين فقرتي المادة تجرى على الوجه الآتي : « ويجب على الدائن إعلان كل ذي شأن بقيام الدين قبل التأشير به » . وبهذا يتشابه المشروع مع المادة ٣١ من قانون السجل العيني ، المقابلة للمادة ١٤ من قانون الشهر العقاري الحالي . والفرس من إعلان ذوي الشأن بقيام الدين قبل التأشير به هو تمكينهم في وقت مناسب من العلم بالدين ، فإذا كان لديهم على هذا الدين ظن جدي كان لهم أن يطلبوا إلى قاضي الأمور المستعجلة محو التأشير (م ١/١٨ من قانون الشهر العقاري) .

فلين التركة يجب إذن شهره ، ويكون ذلك عادة في خلال سنة من شهر حق الإرث . ونبحث في هذا الصدد المسائل الآتية : (١) من يقوم بشهر الدين . (٢) كيف يكون شهر الدين . (٣) حالة شهر الدين في خلال سنة من شهر حق الإرث . (٤) حالة شهر الدين بعد انقضاء سنة من شهر حق الإرث . (٥) حالة عدم شهر الدين أصلا . (٦) حالة تصرف الوارث في منقول للتركة قبل سداد ديونها .

٣٥- من يقوم بشهر الدين : الذى يقوم بشهر الدين هو دائن التركة نفسه ، فهو صاحب الشأن في ذلك . وكل دائن من الدائنين العاديين للتركة يستطيع أن يقوم بشهر دينه . والدائنون العاديون للتركة هم دائنو المورث ، وهم الذين كانت الذمة المالية لمدينهم المورث ضمانا عاما لحقوقهم ، فإذا مات المدين أصبحت تركته هى الضمان العام لهذه الحقوق . ويدخل أيضا ضمن الدائنين للتركة الموصى لهم الذين يصبحتون بموجب الوصية دائنين للتركة ، وهم غير دائني المورث الأصليين لأنهم لم يصبخوا دائنين إلا بموت المورث ، وقد أصبحوا دائنين مباشرة للتركة دون أن يكونوا دائنين للمورث نفسه . والموصى له الذى يصبح دائنا للتركة بموجب الوصية إما أن يكون قد أوصى له بمبلغ من النقود يأخذه من التركة فيصبح دائنا بهذا المبلغ ، أو أن يكون قد أوصى له بعين معينة بالذات في التركة ، عقارا كانت أو منقولا ، فيكون له حق المطالبة بها . وفي الحالتين يجب عليه أن يؤشر بما أوصى له به على هامش شهر حق الإرث ، حتى إذا ما تصرف الوارث في أعيان التركة أو في العقار الموصى به أو رتب عليها حقا عينيا كان للموصى له حق التنج وحق التقدم كسائر دائني التركة . غير أن الموصى له يتأخر عن دائني التركة الأصليين ، ول هؤلاء أن يتقاضوا حقوقهم أولا من أعيان التركة بما في ذلك العين الموصى بها عقارا كانت أو منقولا ، فان بقي شيء أخذ الموصى

له منه ما أوصى له به ، وما يبقى بعد ذلك فهو للورثة (١) .

والدائن الذى يقوم بشهر الدين هو الدائن العادى للمورث . أما الدائن الذى يكفل حقه رهن أو اختصاص أو امتياز على عقار من عقارات المورث وقد قام ببيع هذا التأمين ، وتجديد القيد فى المواعيد المحددة قانونا ، فانه ليس فى حاجة إلى التأشير بحقه فى هامش تسجيل حق الإرث ؛ وذلك أن حقه مكفول بالتأمين العينى الذى حصل عليه فى حياة المورث ، ويستطيع أن يتبع العقار الضامن لحقه وأن يتقدم فيه على سائر الدائنين من غير أن يؤثر بحقه بعد موت المدين . ولكنه مع ذلك قد يرى نفسه فى حاجة إلى هذا التأشير ، إذا هو رأى أن التأمين العينى الذى حصل عليه لم يعد كافيا للوفاء بحقه ، فيكون التأشير مفيدا له حتى يستعمل حق التتبع وحق التقدم على عقارات التركة لاستيفاء ما يبقى غير مضمون من حقه .

٣٦- كيف يكون شهر الدين بطريق التأشير
الهامشى ، ويحصل هذا التأشير فى هامش تسجيل الإشهادات أو الأحكام أو السندات المثبتة لحق الإرث . وسرى فيما يلى أن حق الإرث يجب شهره ، ويقوم الوارث أو أى ذى شأن آخر بهذا الشهر ، ويقدم للشهر السند المثبت لحق الإرث من إعلام وراثه أو حكم أو أى سند آخر . فيجب إذن ، حتى يتم شهر الدين ، أن يكون حق الإرث قد سبق شهره ، وذلك حتى يتمكن الدائن من شهر الدين بالتأشير على هامش تسجيل حق الإرث . فاذا لم يكن حق الإرث قد شهر ، فان شهر الدين يكون غير مستطاع ، ولكن الوارث فى هذه الحالة لا يستطيع التصرف فى أعيان التركة إذ هو لا يستطيع ذلك إلا بعد شهر حق الإرث كما سيحيى :

(١) وإذا كان الموصى به عيناً معينة بالذات ، وكانت فى حدود ثلث التركة ، وبقى فى التركة ما يكتفى لوفاء ديونها ، فإن الموصى له يصبح مالكا لعين الموصى بها بموجب الوصية ، وهل ذلك يكون له أن يرضع دعوى الاستحقاق باعتباره مالكا لعين . فإذا كانت العين عقارا ، وجب عليه أن يسجل الوصية حتى تنتقل إليه ملكية العقار الموصى به ، كما تقضى قواعد التسجيل المقررة فى هذا الشأن (أنظر مایل فقرة ٦٦) .

ولما كان للدائن مصلحة في شهر حقه ، فقد أجزئ له ، كواحد من أصحاب الشأن ، أن يقوم هو نفسه بشهر حق الإرث بطريق التسجيل حتى يتمكن من التأشير على هامش التسجيل بسند حقه . فيأمن على هذا السند من العبث والضياع ، ولا يبقى في حالة تربص دائم يوالى البحث المستمر في مختلف مكاتب الشهر التي تقع عقارات التركة في دائرة اختصاصها حتى يعثر على تسجيل لحق الإرث فيؤثر على هامشه بسند حقه . فتجنبنا لهذا الإرهاق يقوم هو بشهر حق الإرث ، ويقوم في الوقت ذاته بالتأشير على هامش تسجيل هذا الحق بسند الدين الذي له ، فيطمئن بذلك إلى المحافظة على حقه . وكل ذلك إذا تراخى الوارث في شهر حق الإرث ، بالرغم من أن له مصلحة في المبادرة إلى شهره حتى يستطيع التصرف في عقارات التركة من جهة ، وحتى تظهر من جهة أخرى الديون العادية التي على المورث عن طريق التأشير بها على هامش تسجيل حق الإرث فيتمكن الوارث من فحصها ومناقشتها ومن الوفاء بها إذا اقتنع بصحتها حتى تتخلص التركة من الديون .

ويجوز شهر الدين بأن يقدم الدائن لمكتب الشهر العقاري الذي تم فيه شهر حق الإرث ، أو لمكاتب الشهر العقاري في حالة تعدد عقارات التركة ، طلبا بالتأشير الهامشي مصحوبا بسند الدين الذي يريد التأشير به وسائر الأوراق المؤيدة لهذا الدين^(١) . فيتم التأشير بناء على هذا الطلب ، وفقا لإجراءات نصت عليها المواد ٣٧-٤٠ من قانون الشهر العقاري وهي النصوص الخاصة بالتأشيرات الهامشية . ولما كانت المستندات المقدمة تأييدا لطلب التأشير الهامشي تحفظ في مكاتب الشهر ، فقد كان الأصل أن يقدم الدائن السند المثبت لحقه لحفظه بمكتب الشهر العقاري ضمن المستندات بعد إجراء التأشير المطلوب ، ويعطى الدائن صورة فوتوغرافية من هذا السند . ولكن الدائن قد يكون في حاجة إلى استرداد

(١) فإذا لم يكن لدى الدائن سند بالدين ، لم يبق أمامه إلا أن يرفع دعوى حل الورثة يطالب فيها التركة بالدين . فإذا تمكن من إثبات الدين في مواجهة الورثة ، وحصل على حكم به ، كان هذا الحكم هو سند الدين وله أن يؤثر به على هامش تسجيل حق الإرث .

أصل السند للمطالبة به وديا أو قضائيا ، ومن ثم نصت الفقرة الأخيرة من المادة ٢٣ من اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقاري على ما يأتي : « ومع ذلك يجوز للدائن ، بالنسبة إلى التأشيرات المنصوص عليها في المادة ١٤ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، أن يسترد سند الدين بعد استخراج صورة فوتوغرافية منه وإقراره عليها بما يفيد صحتها » . فعلى الدائن الذى يريد استرداد أصل سند الدين أن يتقدم بطلب بذلك إلى أمين مكتب الشهر ، فيرد له أصل السند . ولكن لما كان هذا الأصل واجب الحفظ كسند من مستندات التأشير الهامشى ، فقد استعاض عنه بصورة فوتوغرافية تستخرج على نفقة الدائن ، ويجب أن يوقع الدائن وأمين المكتب على هذه الصورة الفوتوغرافية بما يفيد صحتها ومطابقتها للأصل الذى تم التأشير بموجبه (١) .

وتنص الفقرة الأولى من المادة ١٨ من قانون الشهر العقاري على أنه يجوز « لكل ذى شأن أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة عمو التأشير المشار إليه في المادة الرابعة عشرة ، فيأمر به القاضى إذا كان سند الدين مطعونا فيه طعنا جديا » (٢) . فيجوز إذن أن يطلب عمو التأشير الوارث ، أو دائن آخر للتركة ، أو دائن شخصى للوارث ، أو مشتر من الوارث ، أو أى شخص آخر يضره التأشير فيطالب عموه . ويطلب ذو المصلحة عمو التأشير إذا كان الدين المؤشر به مطعونا فيه طعنا جديا ، إما فى وجوده أصلا أو لانقضائه بعد وجوده بأن تقلمت مثلا مخالصة بالدين . والظعن يتم بطريق التقاضى بدعوى مستعجلة يختصم فيها المدعى الدائن العادى ، ويدخل فيها خصما مكتب الشهر ليصدر الحكم فى مواجهته . فاذا تبين لقاضى الأمور المستعجلة أن الظعن الموجه

(١) محمود شوق فى الشهر العقاري علما وعلاص ٤٣٠

(٢) وتنص الفقرة الأولى من المادة ٤٢ من قانون السجل العيني على أن « لكل ذى شأن أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة عمو التأشير المشار إليه في المادة ٣١ (التأشير بينى من التركة فى صف السجل العيني المختصة لأعيان التركة أو حقوقها) ، فيأمر به التقاضى إذا كان سند الدين مطعونا فيه جديا » .

لسند الدين هو طعن جدى ، كأن كانت هناك مخالفة عنه بقدّمها الوارث أو حكم صدر بيطلاق الدين ، أمر بمحو التأشير . ويشهر حكم المحو بطريق التأشير المامشى على هامش تسجيل حق الإرث ، إعلاما للغير بالغاء التأشير بسند الدين . وعلى هذا النحو لا يصبح الوارث أو ذو المصلحة تحت رحمة أى تأشير يقوم به دائن مزعوم ، لا سيما أن التأشير يتم أصلا فى غيبة الورثة ، وليس لدى مكاتب الشهر المعلومات التى تخولها حق رفض هذا التأشير منذ البداية (١) .

٣٧ - حالة شهر الدين فى مهول ستة من شهر من الارث :
رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١٤ من قانون الشهر العقارى تنص على ما يأتى : « ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك إذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه (تسجيل حق الإرث) ، فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا عقاريا وقام بشهره قبل هذا التأشير ، (٢) . ويخلص من هذا النص أنه إذا قام الدائن بالتأشير بحقه وفقا للإجراءات التى تقدم ذكرها ، فى خلال سنة من شهر حق الإرث ، كان له على عقارات التركة حق التمتع وحق التقدم .

أما حق التمتع فيتحقق إذا باع الولوث مثلا عقارا من عقارات التركة ، وجعل المشتري البيع . فإذا لم يستوف الدائن حقه من الولوث أو من أى طريق آخر ، كان له أن يتبع العقار المبيع تحت يد المشتري كما كان يتبعه لو أنه كان دائنا مرتها ، فيستوفى حقه منه . وذلك حتى لو كان البيع مسجلا قبل تأشير الدائن بحقه ، ما دام التأشير قد تم فى خلال سنة

(١) محمود شوق فى الشهر العقارى طبعاً وعلاص ٤٣١ - هذا وحكم قاضى الأمور المستعجلة بمحو التأشير لا يمنع الدائن من أن يرفع على الورثة دعوى موصوعة بالدين ، فإذا صدر حكم لصالحه جاز له أن يطلب التأشير به على هامش تسجيل حق الإرث .
(٢) انظر أيضاً الفقرة الثالثة من المادة ٣١ من قانون السجل المسمى ، وهى تقرر نفس الحكم .

من تاريخ شهر حق الإرث^(١) . ونرى من ذلك أن من يتعامل مع الوارث فيشترى منه عقارات للتركة يجب عليه أن يحتاط ، فلا يقدم على الشراء قبل انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الإرث^(٢) ، وعند ذلك يستطيع أن يتبين ما إذا كان هناك دائن للتركة أشد بدينه حتى يتعامل مع الوارث على هذا الأساس . فاما أن يحتجز من الثمن مقدار الدين ليقوم هو بسداده للدائن ، أو أن يجعل الوارث يثق بالدين ، فإذا لم يفعل لا هذا ولا ذاك ، عرض نفسه لإجراءات التتبع التي يقوم بها دائن التركة^(٣) . ويبدو أن المشتري من الوارث لا يستطيع تطهير العقار كما كان يستطيع لو أن العقار كان مرهونا رهنا رسميا ، فإن التطهير إجراء استثنائي لا يمتد من الرهن الرسمي إلى غيره من الحقوق المماثلة إلا بنص في القانون .

(١) إذ يجوز أن يتم شهر حق الإرث وتسجيل عقد البيع في محرر واحد ، أو في محررين يشهران في نفس اليوم ، أو يمرين شهر حق الإرث وتصرف الوارث بمقدار سجل فترة قصيرة لا يتسكن الدائن المادي خلالها من البحث والتأكد من حصول تسجيل حق الإرث ليبادر إلى شهر سند حقه . من أجل ذلك أعطى دائن التركة مهلة سنة من وقت شهر حق الإرث ، إذا أشرف خلالها بسنده احتفظ بحقه في التتبع وحقه في التقدم ، وذلك - كما تقول المدكرة الإيضاحية لقانون الشهر العقاري - «حماية للدائن من التصرفات التي قد يبادر الوارث إلى إجرائها قبل أن يتسكن الدائن من العلم بانفتاح التركة ومن التأشير بدينه» .

وقد قصد المشرع ، إلى جانب ذلك ، إظهار جميع الديون المادية على التركة أو المبالغ الموصى بها لغير في ميعاد مناسب ، حدده بسنة واحدة من تاريخ قيام الوارث بشهر حقه في الإرث (محمود شوق في الشهر العقاري علماً وعلا ص ٤٢٤ - ص ٤٢٥) .

(٢) أما قبل شهر حق الإرث ، فقد قلنا أن الوارث لا يستطيع التصرف في عقارات التركة ، إذ يمنع شهر أي تصرف يصدر منه قبل أن يشهر حق إرثه .

(٣) وينبغي على حق التتبع الثابت لدائن التركة إذا أشرف بحقه في خلال السنة أمران : (أولاً) إذا أشرف المشتري من المورث الذي لم يسجل عقده ، باعتباره دائناً للتركة ، حقه في خلال السنة ، فإن له يتتبع العقار في يد المشتري من الوارث ، حتى لو أن هذا المشتري الأخير قد سجل عقده قبل أن يسجل عقده المشتري من المورث ، بل وقبل تأشير المشتري من المورث بحقه (الوسيط ٤: فقرة ٢٧١ ص ٤٨٣ - ٤٨٨) . (ثانياً) إذا أشرف الموصى له بعقار ، قبل تسجيل الوصية ، بحقه في خلال السنة ، فإن له أن يتتبع العقار في يد المشتري من الوارث ، حتى لو أن هذا قد سجل عقده قبل تسجيل الوصية ، بل وقبل تأشير الموصى له بحقه (إسماعيل غانم ص ١٥١ - حسن كيرة ص ٤٣ - ص ٤٤) .

ولذلك جاز التطهير في حق الاختصاص (م ١٠٩٥ مدني) وفي حقوق الامتياز الواقعة على عقار (م ١/١١٣٤ مدني) لوجود هذا النص ، ولم يحز في الرهن الحيازي لانعدامه (١) .

وأما حق التقدم فيتحقق إذا رتب الوارث رهنا مثلا على عقار من عقارات التركة ، وقيد الدائن المرتهن الرهن . فإذا لم يستوف الدائن حقه من أعيان التركة الأخرى ، فإن له أن يستوفيه من العقار المرهون ، متقدما في استيفائه لحقه على الدائن المرتهن . وذلك حتى لو كان الرهن قد قيد قبل تأشير الدائن بحقه ، ما دام التأشير قد تم في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث . وعلى ذلك يجب على من يرث من الوارث عقارا من عقارات التركة أن يترص سنة من وقت شهر حق الإرث قبل أن يقدم على ارتهاق العقار ، فإذا رأى أن دائنا للتركة قد أشرك بحقه في خلال هذه السنة ، علم أن هذا الدائن يتقدم عليه في العقار المرهون بالرغم من أنه قد قيد الرهن قبل أن يؤشر دائن التركة بحقه .

وإذا كان هناك دائنان للتركة أشرك كل منهما بحقه في هامش تسجيل حق الإرث ، وسبق أحدهما الآخر في هذا التأشير ، فإنه لا يتقدم عليه في استيفاء حقه من عقارات التركة . ذلك أن الأفضلية المترتبة على أسبقية الشهر لا تكون فيما بين دائني التركة ، فلا يتقدم أحدهم على الآخر لجرد أنه أشرك بحقه قبله . ولكن الدائن الذي أشرك بحقه في خلال السنة له أن يتبع العقار في يد الغير وأن يتقدم فيه على دائن مرتهن من الوارث قيد رهنه قبل التأشير ، ولا يستطيع هذا التبع ولا هذا التقدم الدائن الذي لم يؤشر بحقه في خلال السنة (٢) .

(١) الوسيط ٤ فقرة ١٩٢ ص ٣٤٨ - ص ٣٤٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٩٤ ص ٧٣٩ هامش ١ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ١٩٢ ص ٣٤٧ هامش ٢ - محمد كامل مرسى في الحقوق العينية الأصلية جزء ٥ فقرة ١٦٢ - محمد علي عرق ٢ فقرة ٣٨٣ ص ٦١٥ وفي مقال له في الاتجاهات الحديثة في الميراث وتصفية التركة في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص ٢٢٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٩٤ ص ٧٣٩ .

٣٨ - حالة شهرز الدين بعد انقضاء سنة من شهر من الوارث :

أما إذا تراخى الدائن في التأشير بحقه ، ولم يجر هذا التأشير إلا بعد انقضاء سنة من وقت تسجيل حق الإرث ، فإن هذا التأشير المتأخر لا يكون مع ذلك عديم القيمة ، فقد نصت المادة ٢/١٤ من قانون الشهر العقارى كما رأينا على أن يحتاج بهذا التأشير من تاريخ حصوله (١) :

وعلى ذلك إذا باع الوارث عقارا فى التركة وجعل المشتري بمقد البيع ، وبعد انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث أشرك دائن التركة بحقه ، فإن هذا الدائن لا يكون له حق تتبع العقار المبيع إذا كان المشتري قد جعل عقد البيع قبل أن يوثق الدائن بحقه ، سواء حصل البيع قبل انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث أو بعد انقضائها . ذلك لأن التأشير الذى أجراه دائن التركة بعد انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث لا يحتاج به إلا من تاريخ حصوله ، وقد حصل بعد أن جعل المشتري من الوارث عقد البيع ، فلا يحتاج بالتأشير إذن على المشتري ، ولا يكون لدائن التركة حق تتبع العقار المبيع (٢) . أما إذا كان المشتري من الوارث قد جعل البيع بعد أن أشرك الدائن بحقه ، سواء حصل البيع بعد التأشير أو قبله ، فإن التأشير بالدين يكون سابقا على تسجيل البيع ، ويكون لدائن التركة حق تتبع العقار بالرغم من أنه لم يوثق بحقه إلا بعد انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث ، ما دام تأشيرته بحقه قد سبق تسجيل البيع .

كذلك إذا أشرك الدائن بحقه بعد انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث ، ورهن الوارث عقارا فى التركة وقيد الدائن المرتهن الرهن قبل تأشير

(١) انظر أيضاً المادة ٣/٣١ من قانون السجل العيني .

(٢) وذلك ما لم يكن المشتري سواه النية متواطئاً مع الوارث ، بحيث يجوز لدائن أن يظن فى البيع بالدموى البولصية (الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ ص ٣٤٩) . وإذا باع المورث عقاراً ولم يسجل المشتري البيع قبل موت المورث ، ثم باع الوارث العقار ذاته ، فإن المشتري من المورث يفضل على المشتري من الوارث إذا سجل عقده فى خلال السنة التى تلى تسجيل حق الإرث أو أشرك بحقه باعتباره دائناً للتركة فى خلال هذه المدة ، حتى لو سجل المشتري من الوارث عقده قبل ذلك . أما إذا سجل المشتري من المورث البيع أو أشرك بحقه بعد انقضاء السنة ، فالمبرة فى المفاضلة بينه وبين المشتري من الوارث بالأسبقية فى التسجيل أو التأشير (الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ ص ٣٤٩ هامش ٢ - وانظر أيضاً ص ٢٢ هامش ٣) .

الدائن بحقه ، فإن الدائن المرتهن يتقدم على دائن التركة لأن قيد الرهن سبق التأشير بحق الدائن . أما إذا سبق التأشير قيد الرهن ، فإن دائن التركة يتقدم على الدائن المرتهن .

وفي جميع الأحوال يجوز لدائن التركة ، إذا لم يستطع أو لم يرد تتبع العقار أو التقدم فيه ، أن يستوفى حقه من أموال التركة الأخرى التي لا تزال باقية في يد الوارث . كما له أن يرجع بالتعويض على الوارث في ماله الشخصي إذا كان هذا قد باع العقار أو رهنه غشا وإضراراً بحقوق دائن التركة ، ولولم تتوافر شروط الدعوى البولصية (١) .

٣٩- مازة هرم شهر الرين أصغر : هنا يجب التمييز بين فرعين :

(الفرض الأول) ألا يكون الوارث قد شهر حتى إرثه : وفي هذا الفرض لا يستطيع الوارث أن يتصرف في عقارات التركة ، إذ يجب عليه تسجيل حق الإرث إذا اشتملت التركة على حقوق عينية عقارية ، وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف من الوارث في حق من هذه الحقوق ، (م ١/١٣ من قانون الشهر العقارى وم ١/٣٠ من قانون السجل المبنى) . وعلى ذلك لا يستطيع الوارث أن يبيع عقارا من عقارات التركة ، أو يرتب عليه رهنا . ومن ثم تبقى عقارات التركة في ملك الوارث خالصة من أى حق عيني يرتبه عليها ، ومعملة بديون التركة كما لو كانت مرهونة في هذه الديون ، فيستطيع دائن التركة إذن ، بالرغم من عدم شهره لحقه ، أن ينفذ على هذه العقارات دون أن يعترضه في ذلك حق الغير . وليس لدائن الوارث أن ينفذوا على عقارات التركة ، قبل أن يستوفى دائنوا التركة حقوقهم منها :

وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون الشهر العقارى تأييدا لما قدمناه : « أما إذا لم يشهر حتى الإرث ، فللدائن أن ينفذوا على أعيان التركة استيفاء لحقه . والمفروض أنها تكون باقية على ملك الوارث ، إذ لا يجوز شهر أى تصرف صادر منه قبل شهر حتى الإرث ذاته : : : فاذا أهمل الوارث

شهر حقه ، لم يلتزم دائن التركة بشهر دينه ، مع بقائه محميا بقاعدة لا تركة إلا بعد وفاء الديون فتظل ديون التركة رغم خفائها عالقة بأعيانها ، كما لو كانت مرهونة بها .

(الفرض الثاني) أن يكون الوارث قد شهر حق إرثه : ونحن نفرض أن الدائن لم يشهر حقه ، وذلك بالرغم من شهر الوارث لحق الإرث . ومن ثم يستطيع الوارث أن يتصرف في عقارات التركة ، كأن يبيعها وأن يرهنها ، وتكون هذه التصرفات جميعها نافذة في حق دائن التركة لأنه لم يشهر حقه . فلا يستطيع الدائن أن يتبع العقار المبيع في يد المشتري ، ولا أن يتقدم على الدائن الذي ارثهن عقارا من الوارث في هذا العقار بل يتقدم هذا الدائن عليه . ولكن ما يبقى في يد الوارث من عقارات التركة دون تصرف يكون عملا بحقوق دائني التركة ، فيستطيع الدائن أن ينفذ على هذه العقارات بحقه دون أن يعترضه في ذلك حق للغير . وليس للدائنين العاديين اللزومة أن ينفذوا على هذه العقارات قبل أن يستوفى دائنو التركة حقوقهم منها .

وتأييدا لما قدمناه نقول المذكورة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقاري : « وللدائن في جميع الأحوال ، ولو أغفل التأشير بدينه بعد استطاعته ذلك - أى بعد شهر حق الإرث - أن ينفذ على أعيان التركة التي تكون باقية على ملك الوارث . بمعنى أنه إذا باع الوارث بعض عقارات التركة وسجل عقد البيع (بعد تسجيل حق الإرث) ولم يوثق الدائن بدينه ، كان لهذا الأخير الرجوع على عقارات التركة التي لم يتعلق بها حق للغير . وإذا رهن الوارث بعض عقارات التركة وقيد الرهن ، فللدائن الذي لم يوثق بدينه أن يرجع على هذا العقار المرهون ، ولكن يكون للدائن المرتهن أن يحتج قبله بحق الرهن » .

٤٠ - مادة تصرف الوارث في منقول التركة قبل سراد ديونها :

وما قدمناه من تأشير دائني التركة بحقوقهم تأشيراً هامشياً إنما يتعلق بعقارات التركة ، ولا شأن له بمنقولاتها . فالمنقول في التركة لا يحكمه نظام تسجيل

حق الإرث ولا تأثير دائن التركة بحقه ، وإنما تحكمه القاعدة المعروفة التي تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية .

فسواء سجل الوارث حق الإرث أو لم يسجل ، وسواء أشر دائنو التركة بحقوقهم أو لم يؤثروا ، وبالرغم من تعلق ديون التركة بمنقولاتها كتعلقها بمقارناتها ، فانه إذا باع الوارث منقولا في التركة قبل سداد ديونها ، وتسلم المشتري المنقول وهو حسن النية أى لا يعلم أن المنقول الذى يشتره هو من أموال تركة لم تسدد ديونها ، فقد ملك المنقول خاليا من حقوق دائني التركة . ولا يستطيع دائن التركة أن يتبعه في يده ، وليس للدائن إلا الرجوع بحقه على بقية أموال التركة التي لا تزال في يد الوارث . فان لم يجد شيئا يستوفى منه حقه ، رجع بشمن المنقول على الوارث إذا كان حسن النية ، أو رجع عليه بالتعويض إذا كان سيء النية أى كان يعلم قبل أن يبيع المنقول أن على التركة ديناً لم يسدد .

أما إذا كان المشتري للمنقول سيء النية ، أى كان يعلم أن المنقول الذى يشتره هو من أموال تركة لم تسدد ديونها ، فانه يجوز لدائن التركة أن يتبع هذا المنقول في يد المشتري وأن يستوفى حقه منه . وهذا لا يخل بحقه في الرجوع على بقية أموال التركة التي لا تزال في يد الوارث ، على النحو الذى قدمناه (١) .

المطلب التالى

طريق الإجراءات الجماعية

٤١ - التصفية الجماعية للتركة أمر اختياري وهو على كل مال أمر

استثنائي : الأصل في تسوية ديون التركة أن تكون بإجراءات فردية ، على النحو الذى فصلناه فيما تقدم . أما تسوية هذه الديون عن طريق إجراءات

(١) أنظر في ذلك الوسيط ٤ فقرة ١٩٢ ص ٣٤٩ - ص ٣٥٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٩٦ - وانظر تطبيق أحكام القانون المدنى دون أحكام الشريعة الإسلامية في هذه المسألة عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٩٦ ص ٧٤٤ هامش ٢ - حسن كبيرة ص ٤١ . وانظر عكس ذلك على الخفيف في مدى تعلق الحقوق بالتركة في مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص ٢١٧ .

جماعية ، أى التصفية الجماعية للتركة ، فهذا أمر اختياري ، بل هو أمر استثنائي لا يجوز الالتجاء إليه إلا عند الضرورة . ذلك أن نظام التصفية الجماعية ينطوي على إجراءات طويلة ، ويقتضى تكاليف كبيرة ، فلا يصح أن يكون نظاما إجباريا تخضع له كل التركات . بل هو ليس بنظام اختياري ، بمعنى أنه يجوز للنوى الشأن أن يطبقوه متى شاءوا . وإنما هو نظام وضع لتصفية التركات الكبيرة إذا أثقلت الديون وتعدت رؤوسها ، فالنظام ملائم كل الملائمة لمثل هذه التركات . والقاضى وحده هو الذى يقدر ما إذا كان يستجيب لطلب إخضاع التركة لنظام التصفية ، وهو لا يستجيب لهذا الطلب إلا إذا وجد من ظروف التركة ما يبرر ذلك (١) .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « وتصفية التركة من طريق تعيين مصف لها أمر اختياري للنوى الشأن وللقاضى . فلكل ذى شأن أن يطلب هذه التصفية إذا أراد . وللقاضى أن يجيب الطلب ، وله أن يرفضه إذا رأى أن التركة ليست فى حاجة إلى تصفية منظمة ، إما لانعدام الديون ، أو لتفاهتها ، أو لتفاهة التركة نفسها » (٢) .

٤٢ - معنى أنه تصفية التركة هى تصفية جماعية : وتبين المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى معنى أن تصفية التركة هى تصفية جماعية ، فتقول : « ومعنى ذلك أن المصنف وحده هو الذى يمثل التركة ، فلا يجوز للدائن اتخاذ أى إجراء إلا فى مواجهته ، ولا يجوز لأحد منهم الحصول على حق اختصاص على العقارات الموجودة فى التركة ، ولا يجوز للوارث أن يتصرف فى مال التركة قبل تصفيها . فترفع بذلك يد الدائن والورثة عن التركة ، ويمتنع اتخاذ أى إجراءات فردية حتى تتم التصفية . وبهذا تتحقق المساواة الفعلية بين الدائنين كما هو الأمر فى الإفلاس التجارى ،

(١) الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ ص ٣٥٠ هامش ١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠١ .

وتنتقل أموال الشركة إلى الورثة خالية من الديون فيتحقق المبدأ القاضى
بالأثر تركة إلا بعد سداد الديون على وجه عملى ، ويستطيع الورثة أن
يتصرفوا فى هذه الأموال للغير دون أن يخشى الغير ظهور دائن للشركة
بنازعه ، فيستقر بذلك التعامل فى الأموال الموروثة . . . ويستخلص
مما تقدم أن الإجراءات التى نظمها المشروع تكفل حماية المصالح المختلفة .
فهى تكفل حماية مصلحة الورثة ، فكثيرا ما يختلفون على تصفية الشركة
أو يهملون فى ذلك ، ويترتب على اختلافهم أو إهمالهم أكبر الضرر ،
أما بعد وجود إجراءات منظمة للتصفيه فقد امتنع الخلاف أو الإهمال .
وهى تكفل حماية مصلحة من يتعامل مع الورثة ، يجعلهم يطمثون إلى
هذا التعامل ويأمنون أن يرجع عليهم الدائنون . وهى تكفل حماية مصلحة
دائنى الشركة بجعل التصفية جماعية ، لا يفضل فيها دائن على آخر دون
مرر قانونى . هذا إلى أن السبيل قد مهد للوارث إذا أراد إفراز حصته
فى الميراث ، كما أن المورث قد أعطى حق قسمة تركته قبل موته ،
وهو أمر تفرضه الظروف على رب الأسرة فى أحوال كثيرة (١) .

٤٣ - مراحل التصفية الجماعية للشركة : ويمكن تقسيم إجراءات
التصفية الجماعية للشركة إلى مراحل أربع : (١) تعيين مصف للشركة .
(٢) جرد الشركة بحالها وما عليها . (٣) تسوية ديون الشركة . (٤) تسليم
أموال الشركة للورثة خالية من الديون وقسمة هذه الأموال بينهم عند
الاقتضاء (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠١ - ص ٢٠٣ - وانظر فى أوجه الخلاف
بين الإفلاس التجارى وتصفية الشركة تصفية جماعية محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٩٠ .
(٢) وهذه الإجراءات لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية . وقد قضت محكمة النقض
فى هذا المعنى بأن تصفية التركات التى نظمها القانون المدنى فى المواد ٨٧٥ وما بعدها لا تعتبر
من مسائل الأحوال الشخصية التى أوجبت المادة ٩٩ مرافعات تدخل للنياحة فيها . ذلك أن
انتقال المال إلى الوارث تأسيساً على الميراث بوصفه سبباً من أسباب نقل الملك هو مسألة تتعلق
بنظام الأموال . وقد أورد القانون المدنى أحكام تصفية التركات فى باب الحقوق العينية ،
ونصت الفقرة الثانية من المادة ٨٧٥ مدنى على اتباع أحكامه فيها ، وهى أحكام اختيارية
لا تتناول الحقوق فى ذاتها ، بل تنظم الإجراءات التى يحصل فيها الورثة والدائنون على حقوقهم
فى التركات فى نطاق القاعدة الشرعية التى تقضى بأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون . ولا يغير =

§ ١ - المردود الأولى - تعيين مصنف للتركة

٤٤ - نصوص قانونية : تنص الفقرة الثانية من المادة ٨٧٥ مدني

على ما يأتي :

« وتتبع في تصفية التركة الأحكام الآتية » .

وتنص المادة ٨٧٦ مدني على ما يأتي :

« إذا لم يعين المورث وصيا لتركته وطلب أحد ذوى الشأن تعيين مصنف لها ، عينت المحكمة ، إذا رأت موجبا لذلك ، من يجمع الورثة على اختياره . فإن لم يجمع الورثة على أحد تولى القاضي اختيار المصنف ، على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة ، وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء » .

وتنص المادة ٨٧٧ مدني على ما يأتي :

١ - لمن عين مصفيا أن يرفض تولى هذه المهمة ، أو أن يتنحى عنها بعد توليها ، وذلك طبقا لأحكام الوكالة » .

٢ - وللقاضى أيضا ، إذا طلب إليه أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب ، عزل المصنف واستبدال غيره به ، متى وجدت أسباب تبرر ذلك » .

وتنص المادة ٨٧٨ مدني على ما يأتي :

١ - إذا عين المورث وصيا للتركة ، وجب أن يقر القاضى هذا التعيين » .

٢ - ويسرى على وصى التركة ما يسرى على المصنف من أحكام » .

من هذا النظر ما أوردته المواج ٩٣٩ ، ٩٤٠ ، ٩٤٧ وما بهما من قانون المرافعات المضافة بالقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٩١ تحت عنوان « في تصفية التركات » ضمن الكتاب الرابع الخاص بالإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ، لأن هذه الأحكام إنما أريد بها كما تقول المذكرة الإيضاحية لهذا القانون مواجهة الأوضاع التي تستلزمها قواعد الإرث في بعض القوانين الأجنبية (نقض مدني ١٦ ماي سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٩٦ ص ٦٧٧) .

وتنص المادة ٨٧٩ ملئ على ما يلى .

١ - على كاتب المحكمة أن يقيد يوما فيوما الأوامر الصادرة بتعيين المصنفين وبتثبيت أوصياء الشركة ، فى سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية . ويجب أن يؤشر فى هامش السجل بكل أمر يصلو بالغزل وبكل ما يقع من تنازل .

٢ - ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصنف من الأثر على حق الغير الذى يتعامل مع الورثة فى شأن عقارات الشركة ما للتأشير المنصوص عليه فى المادة ٩١٤ (١) .

(١) تاريخ النصوص :

٢/٨٧٥ م : ورد هذا النص فى المادة ٢/١٣٠٧ من المشروع التمهيدى عل وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الملى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٩٤٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/٩٤٤ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٨٧٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٥ - ص ٢٠٧) .

٨٧٦ م : ورد هذا النص فى المادة ١٣٠٨ من المشروع التمهيدى عل وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الملى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كأن يتضمن عبارة « عين القاضى الجزئى الذى يقع فى دائرته آخر موطن للمورث » بدلا من عبارة « عين المحكمة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٥ . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « عين المحكمة » بعبارة « عين القاضى الجزئى الذى يقع فى دائرته آخر موطن للمورث » ، وذلك « لأن قانون المرافعات هو الذى يتكفل بتعيين المحكمة المختصة بالنسبة إلى نوع الدعوى وبالنسبة إلى المكان » . واقترح أحد أعضاء اللجنة أن يضمن النص حكما يسمح للقاضى بالخروج عل إجماع الورثة عل اختيار المصنف إذا وجد أن هذا الإجماع عل باطل كما إذا كان ضاراً بمصلحة الدائنين ، فلم تأخذ اللجنة بهذا الاقتراح ، وأقرت المادة بالتعديل المتقدم ذكره تحت رقم ٨٧٦ . ووافق مجلس الشيوخ عل النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٨ - ص ٢١٠) .

٨٧٧ م : ورد هذا النص فى المادة ١٣٠٩ من المشروع التمهيدى عل وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الملى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى لم يكن يتضمن عبارة « أو النيابة العامة » فى الفقرة الثانية . ووافقت لجنة المراجعة عل النص تحت رقم ٩٤٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٦ . وفى لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « أو النيابة العامة » إلى الفقرة الثانية ، « وهذا أصبحت النيابة من ذوى الشأن فى طلب عزل المصنف أو استبداله » ، وقد روعى فى التعديل ما قرره قانون المحاكم الحسبية فى أحكامه ، « ووافقت اللجنة عل النص هذا التعديل تحت رقم ٨٧٧ . ووافق مجلس الشيوخ عل النص كما عدلته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١١ - ص ٢١٢) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، إذ لم يكن هذا التقنين يعرف نظام التصفية الجماعية للتركة .

وتقابل النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٢/٨٣٦ - ٨٤٠ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٧٩/٢ - ٨٨٣ - وفي التقنين المدني العراقي لا مقابل - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل^(١) .

وتقتضي هذه النصوص بحث المسائل الآتية : (١) كيف يعين المصنى . (٢) قيد الأوامر الصادرة بتعيين المصنى . (٣) كيف تنهى مهمة المصنى

٤٥ - كيف يعين للمصنى : يجب التمييز هنا بين فرضين : فلما أن يكون المورث قد عين وصياً للتركة حال حيائه ، أو ألا يكون قد فعل ذلك .

٨٧٨ م : ورد هذا النص في المادة ١٣١٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن عبارة « وذلك فيما لا يتعارض مع إرادة المورث المشروعة » في آخر الفقرة الثانية . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٦ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « وذلك فيما لا يتعارض إلخ » من نهاية الفقرة الثانية ، لأنها من قبيل التزيد ، وهى بعد قد نوحى بأن للمورث أن يختار وصياً لا تتوافر فيه الأهلية اللازمة لحسن الإدارة وتحمل رقابة القاضى بالنسبة إليه . ووافقت اللجنة على انقاس بهذا التعديل تحت رقم ٨٧٨ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١٣ - ص ٢١٤) .

٨٧٩ م : ورد هذا النص في المادة ١٣١١ من المشروع التمهيدى ، وقد انتصر هذا المشروع على الفقرة الأولى دون الفقرة الثانية . وفي لجنة المراجعة عدلت الفقرة الأولى بنفس تبديلات لفظية وأضيفت الفقرة الثانية ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد تحت رقم ٩٥٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١٥ - ص ٢١٦) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢/٨٣٦ - ٨٤٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٧٩/٢ - ٨٨٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

١ - فإذا كان المورث قد عين وصيا للتركة ، فإن المادة ٨٧٨/١ مدني تقضى ، كما رأينا ، بأنه يجب « أن يقر القاضى هذا التعيين » (١) . ويبدو أنه في حالة تعيين وصى للتركة يتعين على القاضى أن يقرر تصفية التركة تصفية جماعية ، إذ أن هذه هى إرادة المورث بدت من تعيينه وصيا للتركة ، ولا يجوز لا للورثة ولا للدائنين أن يعارضوا فى ذلك (٢) . ومتى تقرر تصفية التركة تصفية جماعية ، فانه يتعين على القاضى أيضا أن يثبت الوصى الذى عينه المورث ويعتبر أنه هو المصنى للتركة . ولا يجوز له أن يستبدل به ابتداء شخصا آخر ، وإن كان يجوز له أن يعزله كما سنرى . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٧٨ مدني كما رأينا :

« ويسرى على وصى التركة ما يسرى على المصنى من أحكام » . وعلى ذلك يكون لوصى التركة جميع سلطات المصنى ، وعليه جميع التزاماته . فللوصى ، كما للمصنى ، أن يرفض تولى المهمة أو أن يتنحى عنها بعد توليها ، وله أن يطلب أجرا عادلا على قيامه بمهمته . وعليه جميع واجبات المصنى من تسلم أموال التركة وإدارتها ، واتخاذ جميع الاحتياطات المستعجلة بما فى ذلك تجهيز الميت والنفقة على من كان يعوله الميت من الورثة ، وجرد التركة بما لها من حقوق وما عليها من ديون ، وتسوية ديون التركة ، وتسليم أموال التركة للورثة خالصة من الديون ، وهى شائعة أو بعد تقسيمها . ويجوز للقاضى عزل وصى التركة واستبدال غيره به متى وجدت أسباب تبرر ذلك ، كما يجوز له ذلك بالنسبة إلى المصنى . والقاضى المختص بتثبيت وصى التركة وبعزله ، وكذلك بتعيين مصنى التركة وبعزله ، وبوجه عام ينظر جميع المسائل المتعلقة بتصفية التركة تصفية جماعية ، كان ، فى المشروع التمهيدى للمادة ٨٧٦ مدني ، القاضى الجزئى الذى يقع فى دائرته آخر موطن للمورث . ولكن لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « عين المحكمة » بعبارة « عين القاضى

(١) وفيما يتعلق بركات الأجنب ، أنظر فى تعيين مديرى التركات وتثبيت منفى الوصايا أوتعيينهم المواد ٩٣٩ - ٩٤٦ مرافعات .

(٢) حسن كيرة ص ٥٤ - ص ٤٦ .

الجزئي الذي يقع في دائرته آخر موطن للمورث ، ، وقالت في تبرير هذا التعديل إن « قانون المرافعات هو الذي يتكفل بتعيين المحكمة المختصة بالنسبة إلى نوع الدعوى وبالنسبة إلى المكان » ، وأقر مجلس الشيوخ هذا التعديل (١) . ولما كان تقنين المرافعات لا يشتمل على نص خاص لمعين المحكمة المختصة بتصفية التركات تصفية جماعية ، فلم يبق إلا تطبيق القواعد العامة في هذا التقنين . ويبدو أنه فيما يتعلق بالاختصاص النوعي تكون المحكمة الابتدائية هي المختصة ، إذ أن المادة ١/٥١ مرافعات تقضي بأن تختص المحكمة الابتدائية بالحكم في جميع الدعاوى التي ليست من اختصاص القاضي الجزئي . ولم يذكر تقنين المرافعات تصفية التركات ضمن الأمور التي يختص بها القاضي الجزئي ، فتكون إذن من اختصاص المحكمة الابتدائية ، إلا إذا كانت قيمة التركة لا تتجاوز مائتين وخمسين جنيتها نصاب القاضي الجزئي ولكن التركات التي لا تتجاوز قيمتها مائتين وخمسين جنيتها لا تصنف تصفية جماعية لتفاهة قيمتها . وفيما يتعلق بالاختصاص المحلي قد نصت المادة ٥٩ مرافعات على أن « الدعاوى المتعلقة بالتركات التي يرفعها الدائن قبل قسمة التركة تكون من اختصاص المحكمة التي يقع في دائرتها محل افتتاح التركة ، وكذلك الدعاوى التي يرفعها بعض الورثة على بعض قبل القسمة » . وإذا كانت تصفية التركة لا تدخل في نطاق حرفية هذه المادة ، إلا أنه يؤخذ من النص أن المحكمة المختصة بالنظر في المسائل المتعلقة بالتركة قبل تسوية ديونها وقبل قسمتها هي المحكمة التي يقع في دائرتها محل افتتاح التركة . وعلى ذلك يمكن القول بأن المحكمة المختصة بنظر تصفية التركة تصفية جماعية هي المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها محل افتتاح التركة ، أي المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها آخر موطن للمورث . وقد نصت المادة ٩٤٧ مرافعات ، فيما يتعلق بتركات الأجانب ، فعلا على اختصاص هذه المحكمة إذ قالت : « تختص المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها آخر موطن للمورث بتعيين

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٤ في الهامش .

مصنف للتركة وعزله واستبدال غيره به ، وبالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالتصفية . ونصت المادة ٩٤٨ مرافعات ، فيما يتعلق بتركات الأجانب أيضا ، على أنه « فيما عدا الأحوال التي يختص بها قاضي الأمور الوقفية يرفع الطلب ويفصل فيه وفقا للأحكام والإجراءات والمواعيد المعتادة في الدعاوى » .

ب - وإذا لم يكن المورث قد عين وصيا لتركته ، فهنا يتسع مجال التقدير للمحكمة ^(١) . فهي تقدر أولا ما إذا كان هناك محل لتقرير أن تكون تصفية التركة تصفية جماعية ، ولا تقرر ذلك إلا إذا طلب إليها أحد ذوى الشأن تعيين مصنف للتركة . وذوو الشأن هنا هم بوجه عام الورثة والموصى لهم والدائنون . فإذا طلب أحد من هؤلاء ، في صورة دعوى يرفعها بالأوضاع المعتادة ، تعيين مصنف للتركة ، فالمحكمة غير ملزمة بإجابته إلى طلبه ، بل تقدر ما إذا كان هناك مبرر لتصفية التركة تصفية جماعية . فقد قدمنا أن هذه التصفية إنما هي نظام استثنائي وضع لتصفية التركات الكبيرة المثقلة بالديون ، وللقاضي أن يرفض إخضاع التركة لهذا النظام الطويل الإجراءات الكثير التفقات إذا رأى أن التركة ليست في حاجة إليه ، إما لانعدام الديون أو لتفاهتها أو لتفاهة التركة نفسها ^(٢) . والمحكمة تقدر ثانيا ، إذا قررت إجابة ذوى الشأن إلى طلب التصفية الجماعية ، من يكون المصنف للتركة ، إذ هي التي تعينه . وهي غير ملزمة برأى أحد في ذلك ، إلا إذا أجمعت الورثة على اختيار شخص معين ، سواء كان وارثا أو غير وارث . فعند ذلك تنقيد المحكمة بمن أجمعت الورثة على اختياره . ولا تستطيع العلول عنه إلى غيره ولو عارض في اختياره الدائنون أو الموصى لهم ^(٣) . فإذا لم تجمع الورثة على اختيار

(١) وهي المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها آخر موطن للمورث كما سبق القول (أنظر آتفا ص ١٢٤) .

(٢) أنظر آتفا فقرة ٤١ .

(٣) أنظر مدار من المناقشة في هذا الشأن في لجنة مجلس الشيوخ في صدد المادة ٨٧٦ على آتفا ص ١٢١ ماض .

أحد ، عينت المحكمة بنفسها المصني ، ويكون من الورثة بقدر المستطاع ، وذلك بعد أخذ رأى الورثة (م ٨٧٦ مدني سالف الذكر) . ولا تنقيد المحكمة في اختيار المصني بأغلبية الورثة ، فإذا اختارت الأغلبية شخصا واختارت الأقلية شخصا آخر ، كان للمحكمة أن تعين الشخص الذي اختارته الأغلبية أو الشخص الذي اختارته الأقلية ، أو تختار شخصا آخر غيرهما بحسب تقديرها ، إذ هي لا تنقيد كما قلنا إلا بالشخص الذي أجمعت على اختياره الورثة .

والمصني هو في حكم الوكيل عن الورثة ، وهو نائب عنهم نيابة قانونية . وتسرى عليه أحكام الوكالة (١) ، فيجوز له أن يرفض تولى المهمة ، سواء كان مصفيا أجمعت على اختياره الورثة أو مصفيا اختارته المحكمة أو وصيا للتركة عينة المورث حال حياته . فإذا رفض تولى المهمة ، كان على المحكمة تعيين مصف للتركة بدلا منه ، بنفس الطريقة التي سبق بياناها .

٤٦- قير الاوامر الصادرة بتعيين المصفين - نصوص قانونية :

وقد رأينا أن المادة ٨٧٩ مدني تقضى بأن « على كاتب المحكمة أن يقيد يوما فيوما الأوامر الصادرة بتعيين المصفين ، وبثبيت أوصياء التركة ، في سجل عام تلون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية . ويجب أن يؤشر في هامش السجل بكل أمر يصدر بالعزل وبكل ما يقع من تنازل » . وقيد الأمر الصادر بتعيين المصني إذا اختارته المحكمة أو أجمعت عليه الورثة ، وبثبيت الوصي إذا عين المورث وصيا للتركة قبل موته ، مسألة هامة إذ ترتب عليها نتائج خطيرة كما سنرى . لذلك يجب أن يكون القيد في اليوم نفسه الذي يصدر فيه الأمر بالتعيين أو بالثبيت .

(١) ومنها إذا تعدد المصفون ، ولم يرخص لهم في الانفراد بالعمل ، كان عليهم طبقا للمادة ٧٠٧ مدني أن يصلوا مجتمعين إلا إذا كان العمل ما لا يحتاج فيه إل تبادل الرأي . واختصاصهم في دعوى الشفعة ، إذا باعوا أطرافاً شفع فيها ، هو ما يلزم منه تبادل الرأي فيما بينهم ، فوجب اختصاصهم جميعاً ، ولا يخفى اختصاص مصف عن اختصاص الآخرين (نقض مدني ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجوعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٣ ص ٢٩٦) .

ويعد كاتب المحكمة لهذا القيد سجلاً عاماً : تقيد فيه أسماء المورثين بحسب الترتيب الأبجدي . فيسهل العثور على اسم المورث المطالب عند البحث عنه . فإذا صدر أمر بتعيين مصف أو بتثبيت وصي للتركة . عند كاتب المحكمة في يوم صدور الأمر إلى قيد هذا الأمر . ويتضمن طبعاً اسم المصفي أو الوصي أمام اسم المورث . فيستطيع دائن التركة مثلاً : إذا علم أن مدينه قد مات ، أن يعرف ما إذا كان قد تفررت تصفية تركته تصفية جماعية . وذلك بأن يبحث في قلم كتاب المحكمة الابتدائية التي يدخل في دائرتها آخر موطن لهذا المدين ، وفي السجل المعد لقيد الأوامر الصادرة بتعيين المصفين ، وأمام اسم المدين (المورث) المدون في السجل بحسب الترتيب الأبجدي ، ما إذا كان قد صرر أمر بتعيين مصف للتركة . فإذا كان قد صدر هذا الأمر ، فإنه لا محالة يعثر على اسم المورث مدوناً في السجل ، ويجد أمام هذا الاسم الأمر الصادر بتعيين المصفي مقيداً (١) . ويجب أيضاً على كاتب المحكمة أن يؤشر في هامش السجل ، بجانب كل أمر صادر بتعيين مصف للتركة ، كل أمر يصدر بعزل هذا المصفي أو ما يقع منه من تنازل أو تنح عن مهمته ، ثم يقيد أمام اسم المورث دائماً الأمر الصادر بتعيين المصفي الجديد الذي حل محل المصفي السابق . وبذلك يتمكن كل من يطلع على هذا السجل أن يعلم بالنسبة إلى تركة معينة . ما إذا كانت هذه التركة قد تفررت تصفياتها تصفية جماعية ، ومن هو

(١) وقد اقترح أن يتم شهر الأوامر الصادرة بتعيين المصفين وبثبيت أوصياء التركة في نفس السجلات المختصة لشهر حقوق الإرث في مكاتب الشهر العقاري ، لا في قلم كتاب المحكمة المختصة بنظر التصفية ، وذلك حتى لا تتعدد جهات الشهر . فيكون على كاتب المحكمة أن يبلغ يوماً فيوماً هذه الأوامر للتأشير بها في هامش تسجيل حق الإرث إذا كان قد سجل . أول تسجيلها إذا لم يكن قد تم تسجيل حق الإرث (أنظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٨٨ ص ٦٢٠ - وفي بحثه في الاجتماعات الحديثة في الميراث وتصفية التركات بمجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص ٢٣٢) - وإذا كانت هذه الطريقة المقترحة تحقق توحيد جهات الشهر في مسائل التركات ، إلا أنها من جهة أخرى تقتضي أن يتم شهر أمر تعيين المصفي في مكاتب الشهر تمهيداً بتمديد عقارات التركة ، إذا كانت هذه العقارات تقع في دائرة اختصاص أكثر من مكتب واحد .

المصنى الذى عين للقيام بهذه التصفية ، ومن عسى أن يكون قد حل محله إذا كان قد عزل أو كان قد تنحى .

وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٧٩ مدنى كما رأينا : « ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصنى من الأثر فى حق الغير الذى يتعامل مع الورثة فى شأن عقارات التركة ما للتأشير المنصوص عليه فى المادة ٩١٤ » . والتأشير المنصوص عليه فى المادة ٩١٤ مدنى هو تأشير دائن التركة بحقه فى هامش تسجيل حق الإرث . وقد رأينا أن هذا التأشير يظل يد الورثة عن التصرف فى أموال التركة . وعلى ذلك يكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصنى أثران هامين :

(أولا) لا يجوز للوارث ، من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصنى إلى أن يتسلم شهادة التوريث التى تعطى له بعد تسوية الديون وسيأتى بيانها فيما يلى ، أن يتصرف فى أموال التركة أو أن يستوفى ما للتركة من ديون . وتنص المادة ٨٨٤ فى هذا الصدد على ما يأتى : « لا يجوز للوارث ، قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث المنصوص عليها فى المادة ٩٠١ ، أن يتصرف فى مال التركة ، كما لا يجوز له أن يستوفى ما للتركة من ديون أو أن يجعل ديناً عليه قصاصاً بدين للتركة » (١) . ذلك أنه من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصنى تبدأ الصفة الجماعية للتصفية ، وهذه الصفة لما أثرها بالنسبة إلى الورثة كما نرى هنا ، وبالنسبة إلى دائنى التركة

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣١٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٥٥ فى المشروع البناى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٣ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٧ - ص ٢٢٩) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السوري م ٨٤٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٨٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية المقارية البناى لا مقابل .

كما سيجيء . فبالنسبة إلى الورثة ، تفل أيديهم عن التصرف في أموال التركة بالبيع أو الرهن أو غير ذلك من التصرفات ، وعن قبض الديون التي للتركة ، وعن إجراء المقاصة في دين عليه بدين للتركة على دائته وذلك لأن التصفية الجماعية تكون قد بدأت بقيد الأمر الصادر بتعيين المصنى (١) . وشأن التركة التي تصنى تصفية جماعية هو شأن أموال المفلس التي تصنى تصفية جماعية ، وشأن المصنى هو شأن سنديك التفليس . وكما تفل يد المفلس عن التصرف في أمواله كذلك تفل يد الورثة عن التصرف في أموال التركة ، وكما يكون للسنديك وحده حق التصرف في أموال المفلس كذلك يكون للمصنى وحده حق التصرف في أموال التركة .

ولا ضير في ذلك على الورثة فقد علموا بتعيين المصنى وقد يكونون هم الذين اختاروه ، ولا على من قد يتعامل مع الورثة فهؤلاء يستطيعون قبل التعامل أن يبحثوا في سجلات المحكمة الابتدائية فيعثروا على الأمر الصادر بتعيين المصنى مقبلاً فيعلموا أن الورثة لا يحق لهم التعامل في أموال التركة ، ولا على المدينين للتركة فهؤلاء قبل أن يوفوا ديونهم للورثة بطريق مباشر ، أو يوفوها بطريق غير مباشر بأن يجعلوها قصاصاً في حق لهم على الورثة (٢) ، يستطيعون هم أيضاً أن يعثروا في سجلات المحكمة الابتدائية على الأمر الصادر بتعيين المصنى فيعلموا أن الوفاء بالديون يجب أن يكون للمصنى دون الورثة (٣) . ويحسن بمصنى التركة أن يبادر

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نصوص المواد ٨٨٤ و ٨٩٩ و ٩٠٠ و ٩٠١ من القانون المدني أن الوارث لا يتصل أي حق له بأموال التركة ، مادامت التصفية قائمة (نقض مدني ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٣ ص ٢٩٦) .

(٢) وكذلك لا يجوز لدائن التركة أن يجعل دينه على التركة قصاصاً في دين عليه للوارث ، لأن دائن التركة لا يستوفى حقه إلا من أموال التركة ولا يجوز له أن يستوفيه من أموال الوارث الخاصة (إسمايل غانم ص ١٥٣ - ص ١٥٤) .

(٣) وتقول المفكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في هذا الصدد : « أما الورثة فلا يجوز لأحد منهم أن يتصرف في مال التركة قبل أن تسلم له شهادة التوريث ، أي بعد تصفية الديون . وهذه المسألة الأساسية في إجراءات التصفية هي التي تحقق المبدأ القاضي بألا تركة إلا بعد سداد الدين تحقيقاً عليها . وكما يمنع الوارث من التصرف ، يمنع كذلك من استيفاء ما للتركة من ديون بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر ، كأن يجعل ديناً عليه قصاصاً بدين للتركة ، لأن المصنى هو وحده الذي تصيح له صفة القبض في حقوق التركة حتى يتمكن من تسوية ديونها ، ولأن قبض الوارث لحق في التركة يشبه أن يكون تصرفاً في هذا الحق (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٢٨) . »

منذ تعيينه إلى تسجيل شهادة الإرث في مكاتب الشهر التي تقع في دوائرها عقارات التركة ، وبذلك يستحث دائي التركة أن يؤثروا بحقوقهم على هامش هذا التسجيل ، فيتمكن من معرفة الديون العادية التي على التركة مما يساعده على تسوية هذه الديون . وبذلك أيضا يكون أمام من يتعامل مع الورثة طريقان لمعرفة الخطر الذي يهددهم إذا أقدموا على هذا التعامل : طريق قيد الأمر بتعيين المصنف في سجلات المحكمة ، وطريق تأشير دائي التركة بحقوقهم على هامش تسجيل حق الإرث في مكاتب الشهر العقاري (١) .

(ثانيا) لا يجوز لدائي التركة ، من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصنف ، أن يتخذوا أى إجراء فردى على أموال التركة . فقد بدأت الصفة الجماعية للتصفية من وقت قيد هذا الأمر كما قدمنا ، فيجب أن تكون إجراءات دائي التركة لإجراءات جماعية ، وفي مواجهة المصنف

(١) ويقول الدكتور محمود شوق في هذا المعنى : « ونرى أن من أهم واجبات المصنف لتركته ، سواء كان من بين الورثة أو من الغير ، أن يقوم بشهر حق الإرث ، حتى يمكن بما يتخذه من إجراءات أمام المحكمة ، وما يتضح له من تأشيرات في مكاتب الشهر المختصة ، أن يؤدي وظيفته وهي التصفية على أكمل وجه » (محمود شوق في الشهر العقاري علماً وعملاً ص ٤٢٨) .

وقد يتم شهر الإرث قبل تعيين المصنف ، فأى تصرف يصدر من الوارث ، إذا قيد الأمر الصادر بتعيين المصنف في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث ، لا يكون نافذاً في حق دائي التركة ، ولهؤلاء لا المصنف أن يتجهوا للمغار المبيع في يد المشتري . ويتتبع الدائون المغار في يد المشتري بالرغم من فتح التصفية الجماعية وقيام المصنف بالعمل دون الورثة والدائنين ، إذا وقع أن هذه التصفية لم تسر إلى غايتها وانفق دور الشأن جسيماً على عدم المضي فيها (قارن عبدالممنم فرج الصدة فقرة ٤٩٥ ص ٧٤٣ هامش ١) . أما إذا قيد الأمر بتعيين المصنف بعد انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الإرث دون أن يؤشر دائي التركة بحقه في هامش تسجيل حق الإرث في خلال السنة ، فالعبرة بالأسبقية في الشهر . وكذلك للمصنف تتبع منقولات التركة التي يبيعها الورثة قبل سداد الديون ، ما لم يمكن المشتري حسن النية . بل إن الوارث إذا تصرف فشا في شيء من مال التركة الخاضعة لنظام التصفية ، هوالب بمقوبة التهديد كما سرى (انظر في ذلك الوسيط ٤ فقرة ١٩٤ ص ٣٥١) .

لا في مواجهة الورثة . وتنص المادة ٨٨٣ مدني في هذا الصدد على ما يأتي : ١٥ - لا يجوز من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفي أن يتخذ الدائنون أى إجراء على التركة . كما لا يجوز لهم أن يستمروا في أى إجراء اتخذوه ، إلا في مواجهة المصفي . ٢ - وكل توزيع فتح ضد المورث ، ولم تقفل قائمته النهائية ، يجب وقفه حتى تتم تسوية جميع ديون التركة متى طالب ذلك أحد ذوى الشأن » (١) . فكل إجراء فردى يتخذه أحد دائني التركة على أموالها بعد قيد الأمر الصادر بتعيين المصفي يكون باطلا ، إذ يجب كما قدمنا بعد قيد هذا الأمر أن تكون إجراءات الدائنين جماعية وفي مواجهة المصفي . فالمصفي هو الذى يفحص الديون التى لهم ، ويحصيها ، ويقوم بسدادها . فإذا كانت التركة موسرة تقاضى كل دائن حقه كما هو ، وإذا كانت معسرة تقاضى كل دائن من أموال التركة بنسبة الحق الذى له ، وبذلك تتحقق المساواة الفعلية ما بين الدائنين ، وهذه هي فائدة التصفية الجماعية للتركة بالنسبة إلى الدائنين . وغنى عن البيان أنه إذا كان لدائن منهم حق التقدم قانونا كأن كان دائنا مرتبنا أو له حق امتياز ، استوفى حقه من المال محل الضمان متقدما على سائر الدائنين . ويلاحظ

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣١٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الأولى من نص المشروع التمهيدى كانت تنهى بالعبارة الآتية « وكذلك لا يجوز الحصول على حق اختصاص على المقاررات الموجودة بالتركة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ٩٥٤ في المشروع البائى ، بعد حذف هذه العبارة لعدم الحاجة إليها إذ لا يجوز بعد موت المدين أخذ حق اختصاص على عقارات التركة (م ٢/١٠٨٥ مدني) . ثم وافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٥٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٢٥ - ص ٢٢٦) .

ولا مقابل لنص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٤٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٨٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراق لا مقابل .

قانون الملكية المقارية للبنان لا مقابل .

في هذا الصدد أنه لا يجوز لأي من دائي التركة ، بعد موت المدين ، أن يأخذ حق اختصاص على عقار في التركة (م ١٠٨٥ / ٢ مدني) ، فإنه بموت المدين يتحدد مركز دائتي بعضهم بالنسبة إلى بعض حتى تتحقق المساواة فيما بينهم . فلا يتفاضلون بعضهم على بعض إلا بسبب كان موجودا قبل موت المدين ، كرهن أو امتياز أو اختصاص أخذ في حياة المدين . وإذا اتخذ أحد دائي التركة إجراء فرديا على مال المدين قبل موته ، بأن حجز مثلا على ماله ، فموت المدين وقيد الأمر الصادر بتعيين المصفي يجب وقف هذا الإجراء الفردي ، ولا يجوز للدائن أن يستمر فيه إلا في مواجهة المصفي ، وبذلك ينقلب إلى إجراء جماعي ، ويتخاص الدائن مع سائر دائي التركة أموال المدين إلا إذا كان له حق التقدم بسبب موجود قبل موت المدين كما سبق القول . ولكن إذا كان الدائن قد وصل في الإجراء الفردي الذي اتخذه على مال المدين حال حياته إلى حد بيع هذا المال وفتح باب التوزيع فيه وإقفال قائمة التوزيع النهائية ، فعند ذلك يكون الدائن قد وصل في الإجراء الفردي الذي اتخذه إلى نهايته ، ولم يعد هناك بد من تنفيذ قائمة التوزيع النهائية كما هي ، وحصول كل دائن على ما خصص له في هذه القائمة . أما إذا كانت قائمة التوزيع النهائية لم تغفل قبل قيد الأمر بتعيين المصفي ، فإنه يجب وقفها بناء على طلب المصفي أو بناء على طلب أي من ذوى الشأن كوارث أو دائن . وذلك حتى يتم حصر ديون التركة جميعا فنضم التوزيعات بعضها إلى بعض ، وتسوى الديون جملة واحدة (١) .

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : وأما دائر التركة فلا يستطيعون اتخاذ أية إجراءات فردية ضد أحد الورثة أو ضد الورثة جميعاً . بل يجب أن توجه الإجراءات إلى المصفي باعتباره وكلا عن الورثة . وكل توزيع فتح ضد الميراث حال خيائه ، ولم تغفل قائمته النهائية ، يوقف بناء على طلب أحد ذوى الشأن ، حتى يتم حصر ديون التركة جميعاً ونضم التوزيعات بعضها إلى بعض ، وتسوى الديون جملة واحدة . ومن أهم ما يترتب على وقف الإجراءات الفردية من الآثار حرمان الدائنين من أخذ حقوق اختصاص على العقارات الموجودة في التركة ، حتى لا يتميز أحدهم على الآخرين دون مبرر . وبلا حظ في هذا الصدد أن حق الاختصاص ، بعد أن حرم في حالتي الإعسار والموت ، فأصبح لا يجوز -

٤٧- كيف تنتهى مهمة المصنف : ومهمة المصنف تنتهى فى الأصل بانتهاء التصفية . ولكنها قد تنتهى قبل انتهاء التصفية بأحد أمور ثلاثة : بالتنتهى أو بالموت أو بال عزل .

أما انتهاءها بالتنتهى فلأن المصنف فى حكم الوكيل ، وللوكيل أن ينتهى عن الوكالة . وتقول الفقرة الأولى من المادة ٨٧٧ مدنى فى هذا المعنى كما رأينا : « لمن عين مصفيا أن يرفض تولى هذه المهمة ، أو أن ينتهى عنها بعد توليها طبقا لأحكام الوكالة » . ومن أحكام الوكالة فى تنهى الوكيل ما تنص عليه المادة ١/٧١٦ مدنى من أنه ، يجوز للوكيل أن يتزل فى أى وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق مخالف لذلك ، ويتم التنازل باعلانه للموكل . فإذا كانت الوكالة بأجر ، فإن الوكيل يكون ملزما بتعويض الموكل عن الضرر الذى لحقه من جراء التنازل فى وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول » . ويبدو أن المصنف إذا أراد أن ينتهى عن مهمته ، يجب أن يبلغ تنحيه للمحكمة التى عينته ، ولو كان الورثة هم الذين اختاروه بالإجماع ، أو كان وصيا للتركة عينه المورث قبل موته وثبتته المحكمة . ومن أحكام التنتهى عن الوكالة أيضا ما نصت عليه المادة ١/٧١٧ مدنى من أنه « على أى وجه كان انتهاء الوكالة ، يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف » .

وقد تنتهى مهمة المصنف بموته قبل انتهاء التصفية ، إذ هو فى حكم الوكيل كما قدمنا ، والوكالة تنتهى بموت الوكيل (م ٧١٤ مدنى) . وتنص المادة ٢/٧١٧ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « وفى حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل ، يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم ،

«أخذ إلا فى حياة المدين المورس ، لم يعد يترتب عليه ضرر ، وبقيت فائدته الرئيسية من أن الدائن يطمئن إلى ضمان حقه فى المستقبل إذ المدين حى ويجوز أن يتصرف فى ماله . أما بعد الموت فلا محل لأخذ حق الاختصاص ، إذ لا يخلو الأمر من أن تكون التركة مسرة فلا معنى لتقديم دائن على آخر ، أو مسرة فلا فائدة من أخذ الاختصاص بعد أن امتنع تصرف المدين فى ماله بعد موته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٧ - ص ٢٢٨) .

وأن يتخلوا من التدبيرات ما تقتضيه الحال لصالح الموكل . . ويدل أن وريثة المصني يجب أن يخطر المحكة التي عينت المصني بموته ، كما يجوز أن يخطر المحكة بذلك كل ذي شأن كالورثة والدائنين والموصى لهم .

وتنتهي مهمة المصني قبل انتهاء التصفية ، أخيراً ، بالزول . وقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٨٧٧ مدني تقول في هذا الصدد : « وللقاضي أيضاً ، إذا طلب إليه أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب ، عزل المصني واستبدال غيره به ، متى وجدت أسباب تبرر ذلك » . والأسباب التي تبرر عزل المصني متنوعة ، فقد تكون عدم كفايته لإدارة التركة وتصفيتها ، وقد تكون عدم أمانته ، وقد تكون ما يبدو منه من إهمال وتقصير وقد تكون غير ذلك من الأسباب . فتنجمت لدى المحكة أسباب جدية تبرر عزل المصني عزله ، وقد يكون هذا العزل بناء على طلب أحد من ذوى الشأن كدائن أو وارث أو موصى له ، أو بناء على طلب النيابة العامة (١) ، أو دون طلب من أحد فتعزل المحكة المصني من تلقاء نفسها (٢) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وكما أن القاضي هو الذى يعين المصني ، فهو الذى يملك عزله أيضاً بناء على طلب أحد من ذوى الشأن أو دون طلب ، سواء في ذلك أن يكون المصني قد عين بإجماع الورثة أو كان مختاراً من القاضي » (٣) .

وإذا انتهت مهمة المصني قبل انتهاء التصفية ، سواء كان انتهائها بتنتهى المصني أو بموته أو بعزله ، فعلى المحكة أن تعين مصفياً آخر مكانه

(١) أنظر إضافة النيابة العامة في لجنة مجلس الشيوخ وقد روى في هذه الإضافة ما قرره قانون المحاكم الحسبية في أحكامه : آتفاً ص ١٣١ هامش ١ . .

(٢) بدعوى الزول لا تسمى نظام التصفية في شيء ، وإنما هي متعلقة بشخص المصني وما هو منسوب إليه . ولم يشترط القانون إدخال الدائنين في دعوى الزول ، ولو كان الحكم بحين المصني قد صدر في مواجهتهم . وذلك أن رأيهم غير ذي أثر في نظر القاضي الذى يملك الزول من تلقاء نفسه ، ومن باب أولى تلبية لرغبة وارث واحد قد يكون مالكا لأقل الأنصبة (نقض جلف ١٦ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٩٦ ص ٩٧٧) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١٨ .

حتى يتم تصفية الشركة التي بدأها المصنف السابق . ويكون تعيين المصنف الجديد إما باختيار الورثة له بالإجماع ، أو باختيار المحكمة إياه إذا لم يكن هناك إجماع من الورثة ، وذلك على الوجه الذي بسطناه عند الكلام في تعيين المصنف (١) .

٢٨ - المرحمة الثانية - جرد الشركة بما لها وما عليها

٤٨- خطوات هذه المرحمة : بعد مرحلة تعيين المصنف ، ندخل في مرحلة جرد الشركة بما لها وما عليها . وهذه المرحلة تشمل على إجراءات أولية ، تتلوها إجراءات إدارة الشركة وجردها .

أما الإجراءات الأولية فتتظم الخطوات الآتية : (١) تسلم المصنف أموال الشركة وما يتعلق بأجره وبنفقات التصفية (م ٨٨٠ مدني) .
(٢) اتخاذ الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على الشركة (م ٨٨١ مدني)
(٣) تجهيز الميت وصرف نفقة لمن كان الميت يعلم بمي رثته (م ٨٢٢ مدني) .

وأما إجراءات إدارة الشركة وجردها فتتظم الخطوات الآتية : (١) إدارة الشركة ومسئولية المصنف عن الإدارة (م ٨٨٥ مدني) . (٢) تكليف دائني الشركة ومدينها بتقديم بيان عما لهم من حقوق وما عليهم من ديون (م ٨٨٦ مدني) . (٣) جرد حقوق الشركة وديونها (م ٨٨٧ - ٨٨٩ مدني) . (٤) الفصل في المنازعات المتعلقة بالجرد (م ٨٩٠ مدني) .

٤٩ - تسلم المصنف أموال الشركة وما يتعلق بأجره وبنفقات التصفية -

نص قانوني : تنص المادة ٨٨٠ مدني على ما يأتي :

١ - يتسلم المصنف أموال الشركة بمجرد تعيينه ، ويتولى تصفيتها برقابة المحكمة . وله أن يطلب منها أجرا عادلا على قيامه بمهمته .

٢ - ونفقات التصفية تتحملها التركة ، ويكون لهذه النفقات حق امتياز في مرتبة امتياز المصروفات القضائية (١) .

ويخلص من هذا النص أن المصنى يبدأ بتسليم أموال التركة بمجرد تعيينه ، ليقوم بتصنيفها وسداد الديون برقابة المحكمة الابتدائية التي عينته ، وهي المحكمة التي يوجد في دائرتها آخر موطن للمورث أى المحكمة المختصة بنظر مسائل التصفية . ويتسلم المصنى أموال التركة ممن هي تحت يدهم من ورثة الميت وأقاربه وذويه وودعائه وغيرهم ممن يحرزون هذه الأموال كالمصارف والشركات ، كما يتسلم أوراق الميت ومستنداته ليستعين بها على معرفة حقوقه وديونه .

ويجوز للمصنى ، ولو كان وارثا ، أن يطلب من المحكمة أن تحدد له أجرا عادلا ، لتعويضه عما يتكلفه من جهد ووقت في أعمال التصفية وهذا الأجر يدخل ضمن نفقات التصفية ، ويكون حقا ممتازا مثلها .

أما نفقات التصفية الأخرى فتشمل المصروفات القضائية التي أنفقت في تعيين المصنى وقيد الأمر الصادر بتعيينه ومصروفات شهر حق الإرث ، وما يتفق من مصروفات في اتخاذ الاحتياطات المستعجلة من وضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة ، وفي القيام بالوسائل التحفظية وما يلزم من أعمال الإدارة ، ومصروفات دعوة دائي التركة ومدينها إلى التقدم بمالم من حقوق وما عليهم من ديون وإعلانات

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣١٢ من المشروع المتهدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٥١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١٧ - ص ٢١٩) .

ولامقابل لنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري ٨٤١ م (مطابق) .

التقنين المدني الليبي ٨٨٤ م (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

فانون الملكية المقارنة للبناف لا مقابل .

الخاصة بذلك ، ومصروفات الجرد وتقدير أموال الشركة بخير أو بمن يكون له في ذلك دراية خاصة ، ومصروفات التقاضي الخاصة بالمنازعات في صحة الجرد ، ومصروفات وفاة ديون الشركة وبيع منقولاتها وعقاراتها في المزداد العلني عند الاقتضاء ، ومصروفات استيفاء حقوق الشركة ، ومصروفات تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف ، ومصروفات تسليم أموال الشركة بعد سداد الديون إلى الورثة ، وغير ذلك من المصروفات . ونفقات التصفية هذه جميعا تتحملها الشركة ، وتكون حقا ممتازا ، وله مرتبة امتياز المصروفات القضائية ، أى المرتبة الأولى بين حقوق الامتياز العامة . وهذا أمر ظاهر ، فان نفقات التصفية بعضها أقرب إلى أن يكون مصروفات قضائية ، وبعضها هو مصروفات قضائية بالفعل .

أما مصروفات قسمة أموال الشركة ، بعد سداد ديونها ، بين الورثة إذا طلب أحدهم ذلك ، فهذه لا تدخل في نفقات التصفية ، لأن التصفية تتم بتسوية ديون الشركة وصيرورة الشركة خالية من الديون . فتصبح أموال الشركة عندئذ ملكا شائعا بين الورثة ، وتسرى على مصروفات قسمتها بينهم الأحكام التي تسرى على مصروفات القسمة بوجه عام .

٥٠ - أمثال الامتيازات المستعمرة للمحافظة على الشركة نص قانونى :

تنص المادة ٨٨١ ملئى على ما يأتى :

« على المحكمة أن تتخذ عند الاقتضاء جميع ما يجب من الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على الشركة ، وذلك بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو بناء على طلب النيابة العامة أو دون طلب لها . ولها بوجه خاص أن تأمر بوضع الاختتام ، وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات قيمة » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣١٣ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٥٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٥٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١٦ - ص ٢٢١) .

ويخلص من هذا النص أن هناك إجراء احتياطيا مستعجلا يجب على المحكمة أن تبادر إلى الأمر به ، وذلك عند نظرها في تعيين المصني ، وقبل تعيينه إذا اقتضى الأمر . وذلك أن الغالب في التركات التي تصني نصفية جماعية أن تشتمل على أشياء ثمينة ، كأثاث فاخر وحلي وجواهر ونقود وأوراق مالية من أسهم وسندات ونحو ذلك من الأشياء ذات القيمة . فهذه تقتضي الحيلة التحفظ عليها ، حتى لا يتخلفها من يكون على مقربة منها ويستطيع الاستيلاء عليها خفية ، لإضرارها بالورثة والدائنين . ومن أجل ذلك تصدر المحكمة ، بناء على طلب أحد من ذوي الشأن كوارث أو دائن أو موصي له ، أو بناء على طلب النيابة العامة ، أو دون طلب من أحد من تلقاء نفس المحكمة ، أمرا بوضع الأختام على الغرف والقاعات التي تحتوي على الأثاث الفاخر ، وعلى الخزائن والدواليب التي تحتوي على الحلى والجواهر والنقود والأوراق المالية والملابس وما إلى ذلك . وتأمّر المحكمة أيضا بإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء الأخرى ذات القيمة كالحلى والجواهر في أحد المصارف ، وذلك للمحافظة عليها لحساب التركة إلى أن تم تصفيتها (١) .

٥ - ولا مقابل النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٤٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٨٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن ما يجب اتخاذه من الاحتياطات المستعجلة المحافظة على التركة إنما يصدر به الأمر من المحكمة المقدم لها طلب النصفية ، وليس من قاضي الأمور الوقفية . وليس أصلح في الدلالة على أن المنع قد جعل سلطة اتخاذ الاحتياطات المستعجلة منوطة بالمحكمة لا بقاضي الأمور الوقفية من أنه ناط بالمحكمة اتخاذ تلك الإجراءات ، ليس فقط بناء على طلب أحد ذوي الشأن أو النيابة العامة . بل إنه أيضاً خول لها اتخاذ تلك الاحتياطات من تلقاء نفسها دون طلب ما ، وهو أمر لا يتصور حصوله من قاضي الأمور الوقفية (نقض مدني ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ وتم ١٢١ ص ٨٠٥) .

وتنص المادة ٩٤٩ مرافعات . فيما يتعلق بتركات الأجانب ، على أن القاضي الأمور الوقفية أن يصدر أمراً على عريضة بالتخاذ جميع ما يراه لازماً من الإجراءات التحفظية أو الوقفية -

وتكون هذه الأشياء كلها تحت تصرف المصنى عند تعيينه ، بمجرد ما يقدر قيمتها ويدرجها في القائمة ، شأنها في ذلك شأن سائر أموال التركة .

٥١ - تجهيز الميت وصرف نفقة مؤقته له لأنه الميت يعرفهم من

ورثته نصي قانوني : تنص المادة ٨٨٢ مدني على ما يأتي :

- ١ - « على المصنى أن يقوم في الحال بالصرف من مال التركة لتسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مآتمه بما يناسب حالته . وعليه أيضا أن يستصدر أمرا من قاضي الأمور الوقفية بصرف نفقة كافية بالقدر المقبول من هذا المال إلى من كان المورث يعلم من ورثته حتى تنتهي التصفية ، على أن تخصم النفقة التي يستولى عليها كل وارث من نصيبه في الإرث . »
- ٢ - « وكل منازعة تتعلق بهذه النفقة يفصل فيها قاضي الأمور الوقفية » (١) .

المحافظة على التركة ، وبوجه خاص الأمر بوضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة أحد المصارف أو لدى أمين . والمحكمة أثناء نظر الدعوى أن تدل هذا الأمر أو تلغيه ، وأن تأمر بما تراه لازما من الإجراءات التحفظية الأخرى ، وذلك بناء على طلب ذوى الشأن أو النيابة العامة أو من تلقاء نفس المحكمة .

وانظر فيما يتعلق بتركات الأجانب أيضا ، في وضع الأختام ورفضها وفي الجرد المواد ٩٥٤ - ٩٦٨ مرافعات .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣١٤ من المشروع النهائي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع النهائي كان يقضي بالصرف من مال التركة « على تجهيز الميت » ولم يكن يذكر « نفقات مآتمه » ، وكان يجعل الاختصاص في النفقة لقاضي الأمور المستعجلة . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٥٣ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب جعل الصرف من مال التركة « لتسديد نفقات تجهيز الميت » ، ووافق مجلس النواب على النص بهذا التديل تحت رقم ٩٥١ . وفي لجنة مجلس الشيوخ قيل إن « المفهوم أن أصحاب الوصية الواجبة حكمهم حكم الورثة في تطبيق هذه المواد » ، وأضافت اللجنة عبارة « ونفقات مآتمه » بعد عبارة « لتسديد نفقات تجهيز الميت » لأن تجهيز الميت لا يشمل هذه النفقات ، واستبدلت عبارة « قاضي الأمور الوقفية » بعبارة « قاضي الأمور المستعجلة » ، وذلك « لأن المنازعات التي يعرض لها النص من قبيل ما يصلح أن يفصل فيه قاضي الأمور الوقفية ، والالتجاء إليه أيسر وأقل من نفقة الالتجاء إلى القضاء المستعجل حيث لا يفتقضي الأمر رفع دعوى بل يكفي بطلب مقدم للقاضي ويؤثر عليه . »

ويخلص من هذا النص أن المصنى ، وهو بواجة بمجرد تعيينه نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه ، يجب عليه أن يقوم بتسديد هذه النفقات من أموال الركة ، لأن هذه النفقات مقدمة على جميع ديون الركة . وقد كان المشروع التهديدى يقضى بالصرف من مال الركة « على تجهيز الميت » ، فعُدل النص فى لجنة الشؤون التشريعية إلى الصرف من مال الركة « لتسديد نفقات تجهيز الميت » (١) . وهذا التعديل تعديل صائب ، إذ يغلب أن يحىء تعيين المصنى بعد دفن الميت ، ويكون ذووه هم الذين قاموا بنفقات تجهيزه ، فيرجعون بها على المصنى يسدها من أموال الركة . ولم يكن المشروع التهديدى يذكر نفقات المأتم إلى جانب نفقات تجهيز الميت ، فأضافت لجنة مجلس الشيوخ نفقات المأتم « لأن تجهيز الميت لا يشمل هذه النفقات » (٢) . فيجب إذن على المصنى أن يسدد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه ، بما يناسب حالته ، لمن قام بهذه النفقات من ذوى الميت .

ويأتى بعد تسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه . النفقة على من كان الميت يعوله من ورثته . ويدخل فى ذلك أصحاب الوصية الواجة إذ يعتبرون من الورثة . وهذا أمر على جانب كبير من الاستعجال ، إذ كثيراً ما يكون الميت يعول زوجته وأولاده وبعض أقاربه كأمه وأبيه وإخوته . وهؤلاء تنقطع عنهم موارد الرزق بموت عائلهم ، إذا صفت تركته تصفية جماعية فرفعت يد الورثة عن أموال الركة حتى تم التصفية .

حورافقت اللجنة على النص بهذه التعديلات تحت رقم ٨٨٢ ، ثم وافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢١ - ص ٢٢٤) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدف السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى .

التقنين المدف السورى م ٨٤٣ (مطابق) .

التقنين المدف اللبنى م ٨٨٦ (مطابق) . .

التقنين المدف العراقى لا مقابل .

قلمر الملكية المقاربه البنائى لا مقابل .

(١) أنظر آنفاً ص ١٤٩ هامش ١ .

(٢) أنظر آنفاً ص ١٤٩ هامش ١ .

فيكونون في أشد الحاجة إلى إسعاف عاجل ، إذا لم يكن لهم مورد من العيش بعد موت العائل . لذلك أوجب القانون على المصنى أن يبادر إلى استصدار أمر من قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية المختصة بنظر التصفية ، يقدر فيه القاضي مبلغا معقولا يكتفى للنفقة عليهم موقتا ، ويأخذونه من أموال التركة حتى تتم تصفيتها ويتمكنوا من تسلم ما يخصهم منها . ويشترط فيمن تصرف له هذه النفقة الموقته أن يكون وارثا ، وأن يكون ممن يعلم المورث حال حياته . فلا تصرف لمن كان الميت يعلم من غير ورثته إذ ليس لهؤلاء نصيب في تركته (١) ، ولا لوارث لا يكون الميت يعوله حال حياته . وقد كان المشروع التمهيدى يجعل الاختصاص في نظر هذه النفقة لقاضي الأمور المستعجلة ، فعدلت لجنة مجلس الشيوخ النص وجعلت الاختصاص لقاضي الأمور الوقتية ، لأن الالتجاء إلى قاضي الأمور الوقتية أسرع وأيسر ، حيث لا يقتضى الأمر رفع دعوى ، بل يكتفى بطلب يقدم للقاضي ويؤشر عليه (٢) . وإذا قدر قاضي الأمور الوقتية النفقة التي تعطى لمن كان الميت يعلم من ورثته ، فنزاع فيها الورثة الآخرون أو الدائنون أو الموصى لهم ، بأن ادعوا أن من تهرت لهم النفقة ليسوا من الورثة ، أو هم من الورثة ولكن الميت كان لا يعلم حال حياته ، أو أن المبلغ الذي قدر لهم مبالغ فيه لا يتناسب مع أنصبتهم

(١) أما أصحاب الوصية الواجبة ، إذا كان الميت يعلم حال حياته ، فيعتبرون في حكم الورثة إذ لم نصيب في تركته الميت ، فنسب لهم النفقة (أنظر ما قبل في لجنة مجلس الشيوخ في هذه المسألة آنفا ص ١٤٩ هامش ١ - والنظر في أصحاب الوصية الواجبة مايلي فقرة ٧٩) .

(٢) أنظر آنفا ص ١٤٩ هامش ١ - وفيها يتعلق بتركات الأجانب « يصدر قاضي الأمور الوقتية أمرا على مريضة : أولا - بتقدير نفقة وقتية لمن كان المورث يعلم حتى تنهى التصفية ، وذلك بناء على طلب ذوي الشأن وبعد أخذ رأى المصنى كتابة . ثانيا . . . (م ٩٥٠ مرافعات) . ويجوز لقاضي الأمور الوقتية « عند الاقتضاء أن يحيل الطلب إلى المحكمة ويأمر بإعلان ذوي الشأن جلسة جديدة في ميعاد ثمانية أيام على الأقل ، وتفصل المحكمة في الطلب متعجلة هيئة مشورة » .

في الإرث ، نظر قاضي الأمور الوقتية هذه المنازعات وبث فيها نهائيا .
ومتى قدرت النفقة على هذا النحو ، فإنها تخصم مما يستولى عليه كل وارث
قدرت له النفقة من نصيبه في الإرث .

٥٢- إدارة الشركة ومسئولية المصنف عن الإدارة - نص قانوني :

تنص المادة ٨٨٥ مدني على ما يأتي :

١ - على المصنف في أثناء التصفية أن يتخذ ما تتطلبه أموال الشركة من
الوسائل التحفظية ، وأن يقوم بما يلزم من أعمال الإدارة . وعليه أيضا أن
ينوب عن الشركة في الدعاوى ، وأن يستوفي ما لها من ديون قد حلت .

٢ - ويكون المصنف ، ولو لم يكن مأجورا ، مسئولاً مسئولية الوكيل
المأجور ، وللقاضي أن يطالبه بتقديم حساب عن إدارته في مواعيد دورية ^(١) .
ويعرض النص هنا لما يلي الإجراءات الأولية التي سبق بيانها ، من أعمال
إدارة الشركة . ذلك أن المصنف ، في أثناء تصفيته للشركة بل وقبل أن
يبدأ التصفية ، يجد تحت يده أموال الشركة ، وهذه في حاجة إلى الإدارة
إلى أن تتم التصفية وتسلم الأموال للورثة . فيتعين عليه أن يقوم بهذه
الإدارة .

وأول ما يعرض له من ذلك هو ما يجب اتخاذه من الوسائل التحفظية .
فاذا كان للشركة دين في ذمة الغير مثلا وكان مضمونا برهن رسمي ولم يكن
الرهن قد قيد ، وجب على المصنف أن يقيد الرهن ، وإذا كان الرهن

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣١٧ من المشروع التمهيدي على وجه
مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٥٦ في
المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٥٤ ، فجلس الشيوخ تحت رقم
٨٨٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٩ - ص ٢٣١) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٤٦ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٨٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون المذكرة التجارية اللبناني لا مقابل .

قد قيد وحن ميعاد تجديده وجب عليه أن يجدد القيد . وإذا كان للتركة مال تحت يد الغير وقد وضع الغير يده على المال كمالك وقد سرت مدة التقادم المكسب ، وجب على المصنى أن يقطع التقادم أولا ، ثم يطالب باستحقاق المال . وإذا كان للتركة دين في ذمة الغير وليس للمدين مال ظاهر ولكن له دين في ذمة شخص ثالث ، كان على المصنى أن يوقع حجزا ما للمدين لدى الغير تحت يد مدين المدين . وإذا كان للتركة أجرة متأخرة في ذمة مستأجر ، كان على المصنى أن يوقع حجزا تحفظيا على المتقولات الموجودة في العين المؤجرة . وهكذا يكون على المصنى أن يقوم بجميع الإجراءات التحفظية الواجب اتخاذها ، للمحافظة على أموال التركة من الضياع .

ثم تأتي بعد ذلك أعمال الإدارة المألوفة ، كأن يقبض غلة أموال التركة وأن يجني محصول الأرض وأن يبيع المحصول وأن يؤجر أعيان التركة للمد قصيرة وأن يجدد الإيجار إذا اقتضى الأمر ذلك ، فهذه كلها تدخل في أعمال الإدارة المألوفة ، ويجب على المصنى أن يقوم بها قبل تصفيته للتركة وفي أثناء تصفيته لها . ومن أعمال الإدارة المألوفة أن يقوم المصنى بقبض الديون المستحقة للتركة والتي تكون قد حلت ، وأن ينوب عن التركة في الدعاوى التي ترفع منها أو عليها .

ولما كان المصنى في حكم الوكيل عن التركة (أو عن الورثة الذين يملكون التركة) ، فإن مسؤوليته عن الإجراءات التحفظية وأعمال الإدارة المألوفة التي سبق ذكرها هي مسئولية الوكيل . فللمحكمة الابتدائية المختصة أن تطالبه بتقديم حساب عن إدارته في مواعيد دورية تحددها له ، وعليه أن يوافي المحكمة بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ مهمته (م ٧٠٥ مدني) . وليس له أن يستعمل مال التركة لصالح نفسه ، وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وعليه أيضا فوائد ما يتبقى في ذمته من أموال التركة من وقت أن يعثر (م ٧٠٦ مدني) . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٨٥ مدني كما رأينا : « ويكون المصنى ، ولو لم يكن مأجورا ، مسئولا مسئولية الوكيل المأجور » .

ومسئولية الوكيل منصوص عليها في المادة ٧٠٤ مدني إذ تقول : « ١ - إذا كانت الوكالة بلا أجر ، وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة ، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد . ٢ - فإن كانت بأجر ، وجب على الوكيل أن يبذل دائما في تنفيذها عناية الرجل المعتاد » . وعلى ذلك يكون المصنف ، سواء كان مأجورا أو غير مأجور بأن كان لم يطلب من المحكمة تقدير أجر له ، ملتزما في القيام بتصفية التركة وفي إنجاز مهمته ببذل عناية الرجل المعتاد ، ولو زادت هذه العناية على العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة .

٥٣ - تكليف الدائى التركة وصرفها بتقرير بيانه على الرغم من

حقوق وما عليهم من ديون - نفس قانونى : تنص المادة ٨٨٦ مدني على ما يأتي :

« ١ - على المصنف أن يوجه تكليفا علنيا لدائى التركة ومدينها يدعوهم فيه لأن يقدموا بيانا بالملم من حقوق وما عليهم من ديون ، وذلك خلال ثلاثة أشهر من التاريخ الذى ينشر فيه التكليف آخر مرة » .

« ٢ - ويجب أن يلصق التكليف على الباب الرئيسى لمقر العملة في المدينة أو القرية التي توجد بها أعيان التركة ، أو على الباب الرئيسى لمركز البوليس في المدن التي تقع في دائرتها هذه الأعيان ، وفي لوحة المحكمة الجزئية التي يقع في دائرتها آخر موطن للمورث ، وفي صحيفة من الصحف اليومية الواسعة الانتشار » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣١٨ من المشروع النهدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد فيما يتعلق بالفقرة الأولى . أما الفقرة الثانية فكانت في المشروع النهدي تجري على الوجه الآتي : « ويجب أن يلصق التكليف على باب آخر محل كان موطناً للمورث أو على باب آخر محل كان مقراً لأعماله ، وعلى الباب الرئيسى لمقر العملة في المدينة أو القرية التي توجد بها أعيان التركة ، وعلى الباب الرئيسى لديوان كل من المركز والمديرية أو لديوان المحافظة التي تقع في دائرتها هذه الأعيان ، وعلى اللوحات المعلقة لنشر الإعلانات داخل كل من المحكمة التي يقع بدائرتها آخر موطن للمورث أو آخر مقر لأعماله والمحكمة التي تقع بدائرتها أعيان التركة . ويجب أيضاً أن ينشر التكليف في الجريدة الرسمية ، وفي ثلاث من الصحف اليومية الكبرى » . ووافقت لجنة المراجعة

وهنا يمهّد المصنّى لجرد التركة ، باتخاذ إجراء يستطيع أن يكشف به عن دائتي التركة ومدينها . وسنرى أن عنده وسائل أخرى للكشف عن ذلك بما هو ثابت في السجلات العامة من حقوق للتركة وديون عليها ، وبما تكشف عنه أوراق المورث ومستنداته ، وبما يصل إلى علمه من أى طريق كان . ولكن هذا كله لا يكفي ، فقد لا يعلم دائنو التركة ومدينوها بموت صاحبها ويكونون من الدائنين أو المدينين العاديين فلا تكشف عنهم السجلات العامة ، كما أنه ليس من الضروري أن تكشف عنهم أوراق المورث ومستنداته . ومن أجل هذا وجب أن يوجه إليهم تكليف علني ، بأن يقدموا بيانا بما لهم من حقوق على التركة وما عليهم من ديون للتركة ، في ميعاد معين .

وقد قضى القانون ، كما رأينا ، بأن على المصنّى أن يوجه تكليفا علنيا لدائتي التركة ومدينها ، يدعهم فيه أن يقدموا بيانا عما لهم من حقوق وما عليهم من ديون ، وذلك في خلال ثلاثة أشهر من آخر مرة ينشر فيها التكليف . ولما كان التكليف ينشر أكثر من مرة كما سنرى ، فيجب أن يحدد المصنّى ميعادا لتقديم البيان المشار إليه يكون أطول من ثلاثة شهور في المرات الأولى من النشر ، بحيث لا يقل هذا الميعاد عن ثلاثة شهور من التاريخ الذي ينشر فيه التكليف آخر مرة .

عمل النص تحت رقم ٩٥٧ في المشروع النهائي ، يمد بعض تعديلات لفظية . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب، عدلت الفقرة الثانية بما يقصر التكليف على النشر في صيفتين من الصحف اليومية الكبرى ، ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته بلجته تحت رقم ٩٥٥ . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الثانية فأصبحت مطابقة لما استقر عليه في التفتين الملغى الجديد وصار رقم النص ٨٨٩ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣١ - ص ٢٣٤) .

ولا مقابل للنص في التفتين الملغى السابق .

ويقابل في التفتينات المدنية المرية الأخرى :

التفتين الملغى السوري م ٨٤٧ (موافق) .

التفتين الملغى الليبي م ٨٩٠ (مطابق) .

التفتين الملغى العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

وحتى تتوفر للتكليف العلانية الواجبة ، قضى القانون بأن ينشر بطرق ثلاثة^(١) : (١) النشر المحلى : بالنسبة إلى أعيان التركة الموجودة فى القرى ومدن الأقاليم يلصق التكليف على الباب الرئيسى لمقر العملة فى القرية أو المدينة ، وبالنسبة إلى أعيان التركة الموجودة فى المدن الكبرى يلصق التكليف على الباب الرئيسى لمركز البوليس الذى تتبعه الأعيان . (٢) النشر فى لوحة الإعلانات بالمحكمة : يلصق التكليف فى لوحة المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمورث ، ويلاحظ أن المحكمة المختصة بنظر القضية هى المحكمة الابتدائية لا المحكمة الجزئية كما سبق القول . (٣) النشر فى الصحف اليومية : ينشر التكليف فى صحيفة من الصحف اليومية الواسعة الانتشار . ولا يوجد ترتيب معين لهذه الطرق الثلاثة ، فقد ينشر التكليف فى الصحيفة اليومية قبل لصقه فى لوحة المحكمة وعلى الباب الرئيسى لمقر العملة أو لمركز البوليس ، وقد يعكس هذا الترتيب . والمهم أن تكون المهلة المعطاة فى التكليف لا تقل عن ثلاثة أشهر من تاريخ آخر مرة ينشر فيها التكليف كما قدمنا .

٥٤ - جرد حقوق التركة وديونها - نصوص قانونية : تنص المادة ٨٨٧ مدنى على ما يأتى :

١ - على المصنى أن يودع قلم كتاب المحكمة ، خلال أربعة أشهر من يوم تعيينه ، قائمة تبين ما للتركة وما عليها وتشتمل على تقدير لقيمة هذه الأموال . وعليه أيضا أن يخطر ، بكتاب موصى عليه فى الميعاد المتقدم ، كل ذى شأن بحصول هذا الإيداع .

٢ - ويجوز أن يطلب إلى القاضى مد هذا الميعاد ، إذا وجدت ظروف تبرر ذلك .

وتنص المادة ٨٨٨ مدنى على ما يأتى :

(١) يراجع ما طرأ على هذه الطرق من تعديلات فى أثناء المراحل التشريعية لنص المادة ٨٨٦ مدنى ، ابتداءً بالمشروع التمهيدى ، فـلجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب ، فـلجنة مجلس الشيوخ : آنفاً ص ١٥٤ هامش ١ .

١ - للمصنئ أن يستعين في الجرد وفي تقدير قيمة أموال الشركة بنخبير أو بمن يكون له في ذلك دراية خاصة .

٢ - ويجب على المصنئ أن يثبت ما تكشف عنه أوراق المورث وما هو ثابت في السجلات العامة من حقوق وديون وما يصل إلى علمه منها من أى طريق كان ، وعلى الورثة أن يلفتوا المصنئ عما يعلمونه من ديون على الشركة وحقوق لها .

وتنص المادة ٨٨٩ مدنى على ما يأتى :

« يعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشا على شيء من مال الشركة ، ولو كان وارثا » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

٨٨٧ م : ورد هذا النص في المادة ١٣١٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

١٥ - على المصنئ أن يقدم للقاضى ، في ظرف أربعة أشهر من يوم تعيينه ، قائمة تبين مال الشركة وما عليها ، وتشتمل على تقدير لقيمة هذه الأموال . ويجب أيضاً أن تملن هذه القائمة في المحاد التقدم إلى كل ذى شأن . ٢ - ويجوز أن يطلب إلى القاضى مد هذا المحاد ، إذا وجدت ظروف تبرر ذلك . وفى لجنة المراجعة عدل النص بما يلزم المصنئ بإيداع القائمة قلم كتاب المحكمة بدلا من تقديمها للقاضى وبإخطار كل ذى شأن بمحصل الإيداع بموجب خطاب مسجل ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ٩٥٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٥٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣٥ - ص ٢٣٦) .

٨٨٨ م : ورد هذا النص فى المادة ١٣٢٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن الجزء الأخير من الفقرة الثانية فى المشروع التمهيدى كان يجرى على الوجه الآتى : « وعلى من تكون لديه معلومات عن حالة المورث المالية أن يتقدم بها للمصنئ على أن يكون مستولا عنها ، ويجب على الورثة بوجه خاص أن يلفتوا المصنئ عما يعلمونه من ديون على الشركة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٥٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٥٧ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حلفت عبارة « وعلى من تكون لديه معلومات عن حالة المورث المالية أن يتقدم بها إلى المصنئ على أن يكون مستولا عنها » ، واستفيض عنها بعبارة « وما يصل إلى علمه عنها من أى طريق كان » ، وذلك « لأن التكليف بإبلاغ المصنئ بمعلومات عن حالة المورث لم ينقدر له جزاء ، ولهذا أثيرت اللجنة أن تجعل العبارة عامة تنصرف إلى كل ما يصل إلى علم المصنئ سواء عن طريق سمى -

وتعرض هذه النصوص لجرد المصنف للتركة وحصر مالها من حقوق وما عليها من ديون وإيداع قائمة بهذا الجرد قام كتاب المحكة ، وهذا هو جانب من جوانب المهمة الرئيسية للمصنف .

فعليه أولاً أن يجرد التركة . وحتى يحصى ما للتركة من حقوق وما عليها من ديون . يستطيع أن يلجأ إلى الوسائل الآتية : (١) يرجع إلى أوراق المورث ودفاتره ومذكراته ومستنداته ، ويستخلص ما يجد فيها من ذكر لحقوق المورث أو ديونه معتمداً على ما عسى أن يؤيد ذلك من مستندات يجدها عند المورث . (٢) ويرجع إلى السجلات العامة ، وبخاصة إلى مكاتب الشهر وتكاليف الأطنان ، ليكشف عن التسجيلات والقيود التي تنقل عقارات التركة فيعرف ما على التركة من ديون مكفولة بتأمينات عينية ، . . . وليكشف من تكاليف الأطنان عما في تكليف المورث من أراض زراعية . (٣) ويرجع إلى الورثة والموصى لهم ليستعلم منهم عما يعرفون من حقوق للتركة أو ديون عليها ، ويستوثق مما يقولون في ذلك بالمستندات والأوراق الأخرى إذا أمكن . (٤) وقد رأينا أن من الأعمال التي يبادر المصنف إلى القيام بها

= ذوى الشأن للإدلاء إليه بمعلومات أو هن طريق سعيه في تحصيلها . وأضافت اللجنة إلى الشق الأخير من الفقرة الثانية عبارة « أو حقوق لها » لأن التعنية تستلزم الوقوف على الديون والحقوق دون تفرقة . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٨ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما عدله لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٧ - ص ٢٣٩) .

م ٨٨٩ : ورد هذا النص في المادة ١٣٢١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٥٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣٩ - ص ٢٤٠) .

ولا مقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق .
وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٤٨ - ٨٥٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٩١ - ٨٩٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقارنة اللبناني لا مقابل .

أن يشهر حق الإرث في مكاتب الشهر العقاري التي تقع في دائرتها عقارات التركة ، ويؤدي ذلك إلى أن كثيراً من دائني التركة العاديين يؤشرون بحقوقهم على هامش تسجيل حق الإرث ، فيعرف من هذه التأشيرات كثيراً من الديون العادية التي على التركة . (٥) ورأينا أيضاً أن المصنى يعلن تكليفاً لدائني التركة ومدينها بدعوم فيه إلى تقديم بيان بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون ، وبذلك يستطيع الوقوف على كثير مما للتركة وما عليها . (٦) والمصنى أخيراً أن يلجأ إلى أية وسيلة أخرى يجدها في استطاعته للكشف عما للتركة وما عليها ، كأن يستعلم عن ذلك من المصارف والشركات ومن دائني التركة ومدينها الظاهرين ومن شركاء المورث في الأعمال التي كان يقوم بها ومن مستخدميها الخاصين الذين كانوا على اتصال بأعماله ومن غير أولئك وهؤلاء ممن يستطيعون أن يقدموا له معلومات في هذا الشأن ، سواء تقدم إليهم في ذلك أو تقدموا هم من تلقاء أنفسهم بهذه المعلومات .

فإذا ما حصر المصنى ما للتركة من نقود وأوراق مالية ويفروشات وأثاث وحلى ومجوهرات وحقوق معنوية (كحق المؤلف وحق المخترع) ومنقولات أخرى وما تشتمل عليه من أرض ومبان ، وجب عليه أن يقرر قيمة هذه الأموال ، وله أن يستعين في هذا التقدير بخبير أو بمن يكون له دراية خاصة في تقديم بعض هذه الأموال كالحلى والمجوهرات والحقوق المعنوية .

ويلاحظ أن القانون حرم الاستيلاء على شيء من أموال التركة ، فمن كان تحت يده شيء من هذه الأموال : حتى لو كان دائناً أو موصياً له أو وارثاً . يجب عليه أن يسلمه للمصنى . وقد نصت المادة ٨٨٩ ملغى كما رأينا على أن « يعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشاً على شيء من مال التركة ولو كان وارثاً » . فإذا أخفى الذين كانوا يقيمون مع الميت شيئاً من ماله غشاً بنية الاستيلاء عليه وتملكه . اعتبروا في حكم المبددين وعوقبوا بعقوبة التبديد . حتى لو كان من فعل ذلك زوجة الميت أو أولاده إذا أخفوا مثلاً شيئاً من نقود الميت أو أوراقه المالية أو ما يملك من حلى

وجوهرات . ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد :
 « وقد نصت المادة . . . من المشروع على عقوبة جنائية هى عقوبة التبديد ،
 توقع على كل من استولى غشاً على مال التركة حتى لو كان وارثاً . فن
 كان فى يده مال للتركة ولم يبلغ عنه بنية تملكه ، وقعت عليه عقوبة التبديد
 حتى لو كان وارثاً ، وليس للوارث أن يحتج بأنه يملك بالميراث ما استولى
 عليه . وهذا لا يخل بتوقيع عقوبات أخرى أشد من عقوبة التبديد ، كمعقوبة
 السرقة ، إذا كان هناك عمل لذلك . أما مجرد الإهمال فى التبليغ عن أموال
 التركة أو تعمد عدم التبليغ ، مادام غير مصحوب بالاستيلاء على مال
 التركة ، فلا يدخل فى حكم المادة . . . » (١) .

وبعد المصنى ، بعد جرد التركة على النحو الذى بسطناه ، قائمة
 تبين ما للتركة من حقوق وما عليها من ديون ، وتشتمل على تقدير قيمة
 هذه الأموال . وهذه القائمة تبين حالة التركة ميدياً ، هل هى موسرة
 أو معسرة ، وما مقدار حقوقها وديونها ، ولانتبين حالة التركة نهائياً
 إلا بعد تصفية المنازعات فى القائمة على ما سيجىء .

وقد أوجب القانون على المصنى أن يودع هذه القائمة قلم كتاب المحكمة
 الابتدائية المختصة بنظر التصفية ، وضرب له ميعاداً لذلك أربعة أشهر من
 يوم تعيينه . ويغلب أن يضيق هذا الميعاد بما يستغرقه إعداد القائمة من وقت ،
 ويكفى أن نذكر بياناً لذلك أن شهر حق الإرث فى مكاتب الشهر
 المختلفة يستغرق وقتاً غير قليل . ويكون بعد ذلك لدائى التركة العاديين
 أن يؤشرا بحقوقهم فى خلال سنة كاملة من وقت تسجيل حق الإرث ، فلا
 يستطيع المصنى أن يحصى دائى التركة العاديين ولوعلى وجه تقريبي إلا بعد
 انقضاء سنة من شهر حق الإرث ، أى بعد انقضاء أكثر من سنة من وقت
 تعيينه . وإذا هو لم يعتمد على شهر حق الإرث وتأشير الدائنين بحقوقهم ،
 واكتفى بالتكليف الذى يدعو فيه دائى التركة ومدنيها أن يتقدموا ببيان
 ما لهم من حقوق وما عليهم من ديون ، فإن القانون أعطى مهلة للتقدم بهذا

اليان ثلاثة أشهر من وقت نشر هذا التكليف آخر مرة . فلا يكون أمام المصنى لإعداد القائمة متضمنة تقديراً لقيمة أموال التركة ، وإيداعها قلم كتاب المحكمة . وإخطار كل ذى شأن بحصول هذا الإيداع — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى — « إلا شهر واحد من وقت ورود آخر بيان ، بفرض أنه تمكن من توجيه التكليف المشار إليه لدائى التركة ومدينها ، وتمكن كذلك من نشره ، فى أول يوم عين فيه » (١) لذلك قضت الفقرة الثانية من المادة ٨٨٧ مدنى ، كما رأينا ، بأنه يجوز للمصنى أن يطلب إلى المحكمة مد ميعاد الأربعة الأشهر إلى مدة كافية لإعداد القائمة وإيداعها والإخطار بها على الوجه السالف الذكر ، وذلك إذا وجدت ظروف تبرر ذلك . وكثيراً ما توجد هذه الظروف (٢) .

ومتى أعد المصنى قائمة الجرد ، وجب عليه إيداعها قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة بنظر التصفية . ووجب عليه كذلك إخطار كل ذى شأن . من وارث وموصى له ودائن للتركة ومدين لها ، بكتاب موصى عليه ، بحصول هذا الإيداع . حتى يطلع هؤلاء إذا شاءوا على القائمة فى قلم كتاب المحكمة . والتقدم بما عسى أن يكون لهم من اعتراضات عليها إلى المحكمة لتفحص منازعاتهم وتتصرف فيها على الوجه الذى سنبينه فيما يلى . ويجب أن يكون إيداع القائمة وإخطار ذوى الشأن ، كما قدمنا ، فى ميعاد الأربعة الأشهر أو فى الميعاد الذى حددته المحكمة أزيد من ذلك كما ينتم غالباً .

٥٥ — الفصل فى المنازعات المنعقدة بالجرد — نفس قانونى :

تنص المادة ٨٩٠ مدنى على ما يأتى :

« ١ — كل منازعة فى صحة الجرد ، وبخاصة ما كان متعلقاً بإغفال أعيان أو حقوق للتركة أو عليها أو بإثباتها ، ترفع بعريضة للمحكمة ، بناء على طلب كل ذى شأن . خلال الثلاثين يوماً التالية للإخطار بإيداع قائمة الجرد .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤٢ — ص ٢٤٣ .

(٢) وفيما يتعلق بتركات الأجانب ، يصدر قاضى الأمور الوقتية أمراً على عريضة « بعد الأجل المحدد قانوناً لتقديم بيان بما للتركة وما عليها من الحقوق إذا وجدت ظروف تبرر ذلك ، والتصريح بأداء الديون التى لا نزاع فيها » (م ٩٥٠ ثالثاً مرافعات) .

- ٢٥ - وتجري المحكة تحقيقاً ، فإذا رأت الشكوى جدية أصدرت أمراً بقبولها . ويصح التظلم من هذا الأمر وفقاً لأحكام قانون المرافعات .
- ٣٥ - وإن لم يكن التراجع قد سبق رفضه إلى القضاء . عينت المحكة أجلاً يرفع فيه ذو الشأن دعواه أمام المحكة المختصة ، وتقضى فيها هذه المحكة على وجه الاستعجال (١) .

ويعرض هذا النص لإجراءات الفصل في المنازعات المتعلقة بالجرّد .
فلذا أودع المصنّي قائمة الجرّد قلم كتاب المحكة وأخطر ذوى الشأن بإلبداعها على النحر الذى يبناه فيما تقدم ، تمكن هؤلاء من الإطلاع عليها

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادتين ١٣٢٢ - ١٣٢٣ من المشروع التمهيدى . وكانت المادة ١٣٢٢ تنفق مع ما استقرت عليه في التقنين المدنى الجديد . فيما حد أن المشروع التمهيدى كان يجعل المهلة في رفع المنازعة في حق الجرّد خمسة عشر يوماً من يوم إعلان قائمة الجرّد . وكانت المادة ١٣٢٣ تجرى على الوجه الآتى : « لا تقبل المعارضة في الأحكام الصادرة في تلك المنازعات ، وسيما استئناف هذه الأحكام خسة عشر يوماً إن كان الاستئناف جائزاً » . ووافقت لجنة المراجعة على المادتين بعد إدماجهما في مادة واحدة تحت رقم ٩٦١ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على هذا النص تحت رقم ٩٥٩ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الأخيرة التى تتضمن حكماً خاصاً بالمعارضة والاستئناف في المنازعات في صحة الجرّد ، « لأن مشروع قانون المرافعات تكفل به » ، وجعلت المهلة في رفع المنازعة في صحة الجرّد ثلاثين يوماً بدلاً من خمسة عشر يوماً ، وأدخلت بعض تعديلات لفظية ، فأصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٨٩٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤٠ - ص ٢٤٦) . ولا مقابل للنص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٨٥١ : كل منازعة في صحة الجرّد ، وبخاصة ما كان متعلقاً بإغفال أعيان أو حقوق للتركة أو عليها أو إثباتها ، ترفع بعريضة أمام المحكة ذات الاختصاص بحسب القواعد العامة خلال ثلاثين يوماً من إبداء قائمة الجرّد . (والتقنين السورى لا ينص على التحقيق المبدئى الذى تجرى محكة تصفية التركة للثبوت من جدية المنازعة . ويبدو أنه يجعل ذوى الشأن يرفعون منازعاتهم مباشرة إلى المحكة المختصة بنظر هذه المنازعات ، ولكه ينص مع ذلك على أن ترفع المنازعات بعريضة وهذا مخالف للقواعد العامة) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٩٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية المقاربة اللبناني لا مقابل .

في قلم كتاب المحكمة . ولأى منهم أن ينازع فيها ، فالواريث أو الموحي له قد ينازع في أن القائمة قد أغفلت أعياناً أو حقوقاً للتركة ^(١) ، أو أنها أثبتت ديوناً على التركة ليست صحيحة ، ودائن التركة قد ينازع في أن له مبلغاً أكبر من المبلغ الذي أدرج في القائمة ، ومدين التركة قد ينازع في أن دينه أقل مما أدرج ، وهكذا . أما دائنو التركة العاديون الذين لم يدرجوا في القائمة لعدم ظهورهم ، فهؤلاء يظلون غير معروفين فلا يمكن لإخطارهم بإيداع القائمة ولا يتمكّنون من المنازعة . وقد عالج القانون أمرهم في المادة ٨٩٧ مدني كما سيجي .

والمنازعة في قائمة الجرد ترفع بعريضة إلى المحكمة الابتدائية التي تنظر نصفية التركة ، ويرفعها صاحبها في خلال الثلاثين يوماً التالية لإخطار المصني له بإيداع قائمة الجرد في قلم كتاب المحكمة . وتفحص المحكمة المنازعة فحوصاً مبدئياً ، فإذا رأت أنها غير جدية أمرت برفضها . وإلا أصدرت أمراً بقبولها . ويصح التظلم من الأمر الذي تصدره المحكمة ، وفقاً لأحكام قانون المرافعات . وتقضي المادة ٣٧٥ مرافعات بأن الخصم الذي صدر عليه الأمر الحق في التظلم منه لنفس المحكمة التي أصدرت الأمر ، مع تكليف خصمه الحضور أمامها ، وتقضي المحكمة في التظلم على وجه السرعة ^(٢) بتأييد الأمر أو إلغائه .

(١) وفي إحدى القضايا كان المصني أحد الورثة ، فظن الورثان الآخران بأنه أغفل الكثير من أعيان التركة ولم يدرجها في القائمة ، فقبل هذا الطعن وأمرت المحكمة بتعديل القائمة على هذا الأساس . ولما طعن في هذا الحكم بالنقض ، قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية بتعديل قائمة الجرد ينفذ في حق المصني الذي أقاته محكمة الاستئناف كما كان نافذاً في حق سلفه ، دون حاجة إلى النص على ذلك في منطوق الحكم الاستئنافي . (نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٩٦ ص ٦٧٧) .

(٢) وقد ألغى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ المدل لتقنين المرافعات التفرقة بين الدعاوى التي تنظر على وجه السرعة أو على وجه الاستعجال والدعاوى التي تنظر على الوجه المعتاد ، وذلك بإلغاء جميع الآثار القانونية المترتبة على هذه التفرقة . فقد كانت الدعاوى التي تنظر على وجه السرعة لا تعرض على قاضي التحضير ، ولا تجوز المعارضة في الحكم النهائي الصادر فيها ، وميعاد الاستئناف عشرة أيام أياً كانت المحكمة التي أصدرت الحكم . وأكثر هذه المزايا أصبحت شاملة لجميع الدعاوى ، فلم يصبح لمباراة « على وجه السرعة » مدلول أكثر من استدعاء نظر المحكمة إلى سرعة الفصل في الدعوى .

فإذا ما صدر أمر نهائي في شأن المنازعة ، فإن كان هذا الأمر قد صدر برفضها ، لم يبق أمام صاحب المنازعة إلا الطريق العادي للتقاضي . وإذا صدر الأمر النهائي بقبول المنازعة لأنها جديدة ، ولم تكن المنازعة قد سبق رفعها إلى القضاء ، عينت المحكمة التي أصدرت الأمر أجلاً يرفع فيه صاحب المنازعة دعواه أمام المحكمة المختصة^(١) . وقد تكون المحكمة المختصة هي نفس المحكمة التي أصدرت الأمر ، وفي هذه الحالة ترفع الدعوى أمامها بالأوضاع العادية للتقاضي . وفي جميع الأحوال تقضى المحكمة المختصة في المنازعة على وجه الاستعجال . ولا يجوز المعارضة في الحكم الذي تصدره تطبيقاً للمادة ٣٨٥ مرافعات المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، وتقضى بعدم جواز المعارضة إلا في الحالات التي ينص عليها القانون . ولما كانت المادة ١١٨ مرافعات (المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢) تقضى بأن تسرى على الدعاوى التي يوجب قانون المرافعات أو غيره من القوانين الفصل فيها على وجه السرعة القواعد العامة في رفع الدعاوى ونظرها وإجراءات الطعن في الحكم الصادر فيها ومواعيده ، لذلك تسرى في ميعاد الاستئناف المادة ٢/٤٠٢ مرافعات (المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢) وهي تقضى بأن يكون هذا الميعاد ستين يوماً من يوم صدور الحكم ، وذلك إذا كان الاستئناف جائزاً .

٣ - المرحلة الثالثة - نسوية وبهونه التركة

٥٦ - المسائل التي تشتملها هذه المرحلة : تتضمن هذه المرحلة المسائل الآتية : (١) متى توفي ديون التركة ومن أين توفي (م ٨٩١م -

(١) وفيما يتعلق بتركات الأجانب ، نص المادة ٩٥٢ مرافعات على أن « ترفع المنازعة في صحة الجرد الذي أجراه المصن لأموال التركة من أحد ذوي الشأن إلى قاضي الأمور المستعجلة في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإخطار بإيداع القائمة ، ويأمر القاضي بتصديق القائمة مؤقتاً إذا رجع صحة المنازعة . ويحدد أجلاً يرفع خلاله من يرى تكليفه من الطرفين دعواه إلى المحكمة المختصة ، فإذا انقضى هذا الأجل ولم ترفع الدعوى ، جاز للقاضي أن يأمر بعدم الاعتداد بها في التصفية . ويجوز رفع المنازعة من النيابة العامة إذا تعلق بالتركة حق لقاصر أو عديم أهلية أو غائب » .

٨٩٣م (٢) تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة (م ٨٩٤ م) . (٣) استبقاء أجل الديون وتوزيعها على الورثة (م ٨٩٥ - ٨٩٦ م) . (٤) وفاء الديون التي لم تظهر في قائمة الجرد (م ٨٩٧ م) . (٥) تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف (م ٨٩٨ م) .

٥٧ - متى توفي ديون التركة ومن أين توفي - نصوص قانونية :
تنص المادة ٨٩١ م على ما يأتي :

« بعد انقضاء الميعاد المعين لرفع المنازعات المتعلقة بالجرد ، يقوم المصني بعد استئذان المحكمة بوفاء ديون التركة التي لم يتم في شأنها نزاع . أما الديون التي نوزع فيها ، فتسوى بعد الفصل في النزاع نهائياً » .

وتنص المادة ٨٩٢ م على ما يأتي :

« على المصني ، في حالة إعسار التركة أو في حالة احتمال إعسارها ، أن يقف تسوية أي دين ، ولولم يتم في شأنه نزاع ، حتى يفصل نهائياً في جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة » .

وتنص المادة ٨٩٣ م على ما يأتي :

١ - يقوم المصني بوفاء ديون التركة بما حصله من حقوقها ، وبما تشتمل عليه من نقود ، ومن ثمن ما يكون قد باعه بسعر السوق من أوراق مالية ، ومن ثمن مافي التركة من منقول . فإن لم يكن كل ذلك كافياً ، فمن ثمن مافي التركة من عقار » .

٢ - وتباع منقولات التركة وعقاراتها بالمزاد العلني وفقاً للأوضاع وفي المواعيد المنصوص عليها في البيوع الجبرية ، إلا إذا اتفق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى أو على أن يتم ممارسة . فإذا كانت التركة معسرة ، لزم أيضاً موافقة جميع الدائنين . وللورثة في جميع الأحوال الحق في أن يدخلوا في المزاد (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٨٩١ : ورد هذا النص في المادة ١٣٢٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق -

ونعرض هذه النصوص للوقت الذى يوفى فيه المصنى ديون التركة ، ولأموال التركة التى توفى منها هذه الديون . وقد رأينا أن المصنى قد أعد قائمة جرد التركة وأودعها قلم كتاب المحكمة وأخطر كل ذى شأن بهذا الإيداع . فانفتح بهذا الإخطار باب تقديم المنازعات فى الجرد . ورأينا أن القانون ضرب ميعاداً للتقدم بهذه المنازعات ، ثلاثين يوماً من وقت الإخطار . فعلى المصنى أن يتربص حتى انقضاء هذا الميعاد ، وفى نهاية الثلاثين يوماً يستطيع أن يقف على المنازعات التى تقدمت فى صحة قائمة الجرد . فإذا كانت هناك حقوق أو أموال للتركة أغفل إدراجها فى القائمة وعلم بها عن طريق تقدم وارث أو دائن أو أى ذى شأن آخر بمنازعة فى شأنها ، بحث الأمر وسعى فى الحصول على ما نقص التركة من مال ولو كان

سما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض خلافاً لفظية . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٦٢ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٠ بعد إدخال بعض تعديلات لفظية ، ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩١ (مجموعة الأعمال التصديرية ٦ ص ٢٤٧ - ٢٤٨) .

م ٨٩٢ : ورد هذا النص فى المادة ١٣٢٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٣ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦١ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٢ (مجموعة الأعمال التصديرية ٦ ص ٢٤٨ - ٢٤٩) .

م ٨٩٣ : ورد هذا النص فى المادة ١٣٢٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٤ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب استفسر فى صدد الفقرة ثالثة من المقصود بمباراة « لا إذا اتفق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى » ، فأجيب « بأن الورثة قد يتفقون على إدخال تمثيل فى الأوضاع والمواهب المنصوص عليها فى البيع الجبرية » ، ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٦٢ . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٣ (مجموعة الأعمال التصديرية ٦ ص ٢٥٠ - ٢٥٢) .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية :

التقنين المدنى السورى م ٨٥٢ - ٨٥٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٩٥ - ٨٩٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية المقاربة للبنان لا مقابل .

ذلك عن طريق التقاضى ، وقد رأينا أنه ينبو عن التركة فى الدعاوى التى ترفع منها أو عليها (م ١/٨٨٥ مدنى) . وإذا كانت هناك منازعات فى ديون التركة التى أدرجها فى القائمة ، فإنه يقف على هذه المنازعات ويعرف ديون التركة التى ليس فيها نزاع وتلك التى توزع فيها .

وسواء كانت ديون التركة خالية من النزاع أو كان متنازعا فيها ، فإنه يستطيع أن يعرف من قائمة الجرد إلى أعضائها حالة التركة ، وهل هى موسرة أو معسرة . وفى تقديره لإعصار التركة يكفى أن يقوم احتمال لأن تكون معسرة ، فيفرض لذلك أن الديون المتنازع فيها ديون صحيحة حتى يكون فى الجانب المأمون .

فإذا رأى أن التركة معسرة . أو أن هناك احتمالا لأن تكون معسرة على النحو الذى قدمناه ، فعليه أن يقف وفاء أى دين ولولم يقم فى شأنه نزاع . ذلك لأنه إذا تبين نهائيا أن التركة معسرة ، فإن دائن التركة لا يستطيع الحصول على كل حقه ولا بد أن يكتفى بحصة منه ، والمصنف لا يستطيع أن يعرف مقدما مقدار هذه الحصة . فلا بد إذن من أن ينتظر حتى يفصل نهائيا فى الديون التى رفعت فى شأنها منازعات ، وعند ذلك يستطيع أن يثبت من مقدار جميع الديون التى على التركة فى صورتها النهائية . وفى ذلك الوقت فقط يوفى ديون التركة ، فيوزع أموال التركة على دائنيها ، ولما كانت التركة معسرة فإن دائن التركة يتحاصون أموالها ، ويأخذ كل كل منهم حصة بنسبة الدين الذى له .

أما إذا رأى المصنف أن التركة موسرة حتى مع حساب الديون المتنازع فيها ، فإنه لا يقوم حينذاك مانع من الوفاء بالديون التى لم يقم فى شأنها نزاع . وعلى المصنف أن يوفى هذه الديون من أموال التركة على النحو الذى سنبينه ، ويوفىها بعد انقضاء الثلاثين يوما المحددة لرفع المنازعات المتعلقة بقائمة الجرد ، وبعد أن يستأذن فى الوفاء بها المحكمة الابتدائية التى تنظر شؤون التصفية . أما الديون المتنازع فيها ، فلا يوفىها إلا عند الفصل فى النزاع القائم فى شأنها نهائيا ، ولما كانت التركة موسرة فإنها تتسع لوفاء كل هذه الديون .

وهو يوفى ديون التركة : على النحو الذى قدمناه ، من أموال التركة .
وبدأ من هذه الأموال بما يقتضيه من حقوق لها فى ذمة مدينها وبما تشتمل
عليه التركة من نقود ، فهذه كلها مبالغ حاضرة يستطيع أن يوفى منها
ديون التركة فوراً (١) .

فإذا لم تكف هذه المبالغ للوفاء بالديون ، شرع فى بيع أموال التركة
الأخرى ، الأيسر فالأيسر . فيبدأ ببيع الأوراق المالية من أسهم وسندات
إذا وجدت ويبيعها بسعر السوق فى يوم البيع فإن للأوراق المالية أسعاراً يومية
معينة فى البورصة . فإذا كان ثمن الأوراق المالية لا يزال غير كاف للوفاء
بالديون ، فإنه يبيع منقولات التركة : ثم يبيع عقاراتها ، وهذه وتلك بالقدر
الكافى لوفاء الديون .

وتباع منقولات التركة (غير الأوراق المالية) وعقاراتها بالمزاد العلنى
طبقاً للإجراءات التى رسمها تقنين المرافعات لليوع الحبرية وفى المواعيد
التي حددها هذا التقنين . ومع ذلك يجوز ، باتفاق جميع الورثة ، وباتفاق
دائى التركة (أو الموصى لهم) أيضاً إذا كانت التركة معصرة ، إدخال
تعديل فى هذه الإجراءات أو فى هذه المواعيد . فتحذف مثلاً بعض
الإجراءات أو تضاف إجراءات أخرى ، أو يتفق على تقصير بعض المواعيد
أو على إطالتها (٢) . فإذا بيع المنقول أو العقار بالمزاد العلنى ، جاز للورثة

(١) وهناك رأى ينبغي إل أن يدخل فى هذه المبالغ أيضاً ريع أموال التركة ونماؤها ،
فيوفى المصل منها ديون التركة الوسايا والتكاليف . وهذا يتفق مع رأى الكثيرين من الحنابلة ،
فهم يعملون التركة ملكاً للورثة بمجرد موت المورث ويعملون الديون مع ذلك متعلقة بناتها
لتسليمها بأصل الناء (الوسطى) فقرة ١٩٤ ص ٣٥٢ هاش ١- وقارن آنفاً ص ٩٩ هاش ١) .
(٢) مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٥٢٤ مرافعات من أنه « يجب ، قبل بيع صفقات أو ممتلكات
من الذهب أو الفضة أو من أى معدن نفيس آخر وبيع المجوهرات والأحجار الكريمة إذا زادت
القيمة المقدرة لها على مائة وخمسين جنياً ، أن يحصل النشر فى الصحف ثلاث مرات فى
أيام مخططة قبل يوم البيع » . . فيجوز الاتفاق على أن يكون النشر فى أكثر من ثلاث صحف
أو أقل ، أو أن يكون النشر فى صحف معينة بالذات . ومثل ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة
٦٥٣ مرافعات فى البيع الجبرى للعقار من أن « يعلن قلم الكتاب عن البيع قبل اليوم المحدد
لإجرائه بمدة لا تزيد على ثلاثين يوماً ولا تقل عن خمسة عشر . . . » . فيجوز الاتفاق على
أن يكون الإعلان عن بيع العقار قبل اليوم المحدد لإجرائه بمدة تزيد على ثلاثين يوماً ، أو تقل
عن خمسة عشر يوماً .

بالرغم من أنهم يعتبرون مالكين لأموال التركة ، وجاز من باب أولى لدائني التركة وللموصى لهم ، أن يخلوا في المزداد . ويجوز أيضاً ، باتفاق جميع الورثة ، مع اتفاق دائني التركة والموصى لهم في حالة إعسار التركة ، أن يباع المنقول والعقار لافي المزداد العلني بل بممارسة ، سواء كان البيع لأجنبي أو لوارث أولدائن أو لموصى له (١) .

٥٨ — تسجيل الوفاء بالربوه المؤجر — نص قانوني : تنص المادة ٨٩٤

مبنى على ما يأتي :

« للمحكمة ، بناء على طلب جميع الورثة ، أن تحكم بحلول الدين المؤجل ، وبتعيين المبلغ الذي يستحقه الدائن مراعية في ذلك حكم المادة ٥٤٤ و (٢) .

= وانظر ما وقع في هذا الشأن من استفسار في لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب آنفاً ص ١٥١ هامش ١ .

(١) ونفرض في كل هذا أن الحق الذي لدائن التركة يمكن تنفيذه عيناً من أموال التركة نفسها ، كما هو الأمر لو كان حق الدائن هو مبلغ من النقود . أما إذا كان حق الدائن لا يمكن تنفيذه عيناً من أموال التركة ، كما لو كان المورث مديناً بعمل لدائنه ، فإن حق الدائن في هذه الحالة لا يمكن تقاضيه مباشرة من أموال التركة . ومن ثم يجب تحويله إلى تمويض ، فيصبح مبلغاً من النقود يمكن تنفيذه به على أموال التركة (إساعيل غانم ص ١٦١) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٢٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يصرح في الشرط الأخير من النص بأن المبلغ الذي يستحقه الدائن يراعى فيه « تمويضه عما يفوته من ربح بسبب الوفاء المسجل ، على ألا يجاوز هذا التمويض قيمة الفائدة من ستة أشهر ما لم يكن هناك اتفاق سابق » : ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٦٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٣ . وفي لجنة مجلس الشيوخ اكتفى بالإشارة إلى حكم المادة ٥٤٤ مبنى بدلاً من ذكر مضمون هذا الحكم ، ولذلك حذف الشرط الأخير من النص ، وصار رقم النص ٨٩٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٧ - ص ٢٥٤) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٥٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٩٨ (مطابق) .

التقنين المدني المراق لا مقابل .

قانون الملكية المقارنة اللبناني لا مقابل .

ويعرض هذا النص لديون التركة المؤجلة . فهذه لآجلها يموت المدين ، بل يبقى الدين مؤجلاً بعد موته . ولا يجوز لدائن التركة ذى الدين المؤجل أن يطالب المصنى بالدين إلا عند حلول الأجل . وقد لا يحل الأجل إلا بعد وقت طويل . ويكون من مصلحة الورثة تعجيل الدين المؤجل ودفعه قبل حلول الأجل . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فقد يكون من مصلحة الورثة جميعاً الحكم بحلول الديون المؤجلة ، فإذا انعقد إجماعهم على ذلك . طلبوا من القاضى أن يحكم بحلول الدين المؤجل وبتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن » (١) . وتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن الذى عجل دينه يجرى بالتطبيق للمادة ٥٤٤ مدنى . وتنص على أنه « إذا اتفق على الفوائد . كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته فى إلغاء العقد ورد ما اقترضه . على أن يتم الرد فى أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفى هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان . ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدى فائدة أو مقابلاً من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء ، ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقرض فى الرد أو الحد منه . ويخلص من هذا النص أن الدين المؤجل ، الذى اتفق فيه على فوائد ويراد التعجيل بالوفاء به ، يجب أن يكون قد انقضى من أجله ستة أشهر على الأقل ولو كان ذلك قبل موت المورث . فيعلن المصنى الدائن بعد انقضاء هذه المدة . بناء على طلب جميع الورثة ، بتعجيل الوفاء . وعند ذلك تقضى المحكمة المختصة بنظر شؤون التصفية بحلول الدين المؤجل . ووفاء الدين فى أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ إعلان الدائن بتعجيل الوفاء ، على أن تؤدى له الفوائد المستحقة عن ستة أشهر أخرى تالية لهذا الإعلان وعلى ذلك يتقاضى الدائن فوائد سنة على الأقل : ستة أشهر انقضت

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٨ - وفيما يتعلق بتركات الأجانب : يصدر قاضى الأمور الوقية أمراً على عريضة « بحلول الديون التى يجمع الورثة على حلها ، وتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن وفقاً للقانون ، وذلك بناء على طلب المصنى أو أحد الورثة » (٩٥٠ م ثالثاً مرافعات) .

قبل إعلانه بالتعجيل ، وستة أشهر أخرى تالية لإعلانه بالتعجيل (١) .
أما إذا كان الدين المؤجل لأفوائد له ، فالتعجيل لا يضر الدائن في شيء بل يفيد ، فلا يقلد له تعويض ، ولكن لا ينقص منه شيء في نظير التعجيل (٢) .

٥٩ - استيفاء أجل المبرور وتوزيعها على الورثة - نفس قانوني .

تنص المادة ٨٩٥ مدني على ما يأتي :

١٥ - إذا لم يجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل ، تولت المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة ، بحيث يخص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون في نتيجته معادلاً لضاف حصته في الإرث .

٢٥ - وترتب المحكمة لكل دائن من دائني التركة تأميناً كافياً على عقار أو منقول ، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين .
فإن استحالة تحقيق ذلك ، ولو بإضافة تأمين تكفي بقدمه الورثة من ملهم الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى ، رتب المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها .

٣٥ - وفي جميع الأحوال ، إذا ورد تأمين على عقار ولم يكن قد سبق شهره ، وجب أن يشهر هذا التأمين وفقاً للأحكام المقررة في شهر حتى الاختصاص .

وتنص المادة ٨٩٦ مدني على ما يأتي :

« يجوز لكل وارث ، بعد توزيع الديون المؤجلة ، أن يدفع القدر الذي اختص به قبل أن يحل الأجل طبقاً للمادة ٨٩٤ » . (٣)

(١) الوسيط ٥ - فقرة ٣١٧ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٨ .

(٣) تاريخ النصوص :

٨٩٥ م : ورد في هذا النص في المادة ١٣٢٨ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق

في مجموعة مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وعدل النص في لجنة المراجعة بما جملته مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٩٦٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٤ - ص ٢٥٧) .

وتفترض هذه النصوص أن الورثة لم يجمعوا على تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة ، وأكثروا أو أكثر بعضهم أن تبقى مؤجلة للاستفادة من الأجل . عند ذلك تتولى المحكمة المختصة بنظر شؤون التصفية توزيع ديون التركة المؤجلة (١) على الورثة وكذلك توزيع أموال التركة ، بحيث يكون لكل وارث حصة من الأموال وحصة من الديون إذا استترلت الثانية من الأولى كان الباقي معادلاً لصافي حصته في الإرث . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وهذه عملية حساية دقيقة ، قد يستعين القاضى فيها بخبير . وتبقى مشكلة أخرى هي أن الديون المؤجلة بتوزيعها على الورثة قد تجزأ ضمانها ، فقد كانت كل التركة ضامنة لأى دين منها ، فأصبح الدين بعد أن اختص به وارث معين لا يضمنه إلا الجزء من التركة هو الجزء الذى وقع في نصيب هذا الوارث . وهذه نتيجة يجب التسليم بها لأنها ترتب على تجزئة الدين . ولما كان المفروض أن التركة موسرة ، لأن التركة الممسرة يحل فيها الديون المؤجلة وتوزع كلها على الدائنين ، فالمفروض تبعاً لذلك أن جزء التركة الذى وقع في نصيب الوارث يفي بالدين الذى اختص به . ولكى يكون الدائن مطمئناً على حقه ، يجوز للقاضى أن يرتب له حق اختصاص

= ٨٩٦ م : ورد هذا النص في المادة ١٣٢٩ من المشروع التمهيدى عل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٧ في المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٦ (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٧ - ص ٢٥٩) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدنى السابق .
وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى ٨٥٦ - ٨٥٧ (مطابق ، فيما عدا أن الفقرة الثالثة من

المادة ٨٩٥ مصرى لا نظير لها في المادة

٨٥٦ سوري) .

التقنين المدنى الليبى ٨٩٩ - ٩٠٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

(١) أما الديون الحالية فإن المصن يكون قد وفاها قبل توزيع أموال التركة وديونها المؤجلة على الورثة .

على عقارات التركة التي وقعت في نصيب الوارث ، وذلك بالرغم من أن الدين مؤجل ولم يصدر به حكم . بل تجوز مطالبة الوارث بإضافة ضمان تكميلي من ماله الخاص أو مطالبة بأية تسوية أخرى ، كتقديم كفيل عيني أو شخصي أو عقد تأمين لمصلحة الدائن . فإذا لم يمكن أن يتحقق للدائن الضمان الكافي ، فإن حقه يبقى غير قابل للتجزئة ، وضمانه هو كل أموال التركة : ما وقع منها في نصيب الوارث وما وقع في نصيب الورثة الآخرين . مع مراعاة اتخاذ الإجراءات اللازمة لإشهار هذا الحق » (١) .

وهناك تعقيبان على ما تقدم : (١) نقول الفقرة الثانية من المادة ٨٩٥ : « على أن تحتفظ (المحكمة) لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين . فمن كان له من الدائنين منذ البداية تأمين خاص ، كرهن أو امتياز ، يبقى له هذا التأمين كما كان . ويحتمل في هذه الحالة أن يكون الوارث الذي وقع في نصيبه العين المثقلة بهذا التأمين الخاص هو الذي يختص بالدين الذي لصاحب هذا التأمين . (٢) قد ترى المحكمة حاجة إلى إضافة ضمان تكميلي يقدمه الوارث من ماله الخاص أو الاتفاق على أية تسوية أخرى ، مع أن المفروض أن نصيب الوارث من أموال التركة يفي بنصيبه من ديون التركة . والسبب في ذلك أن الوارث قد يكون معظم ما وقع في نصيبه من أموال التركة منقولاً ، بل قد لا يقع في نصيبه أي عقار . ففي هذه الحالة يجب عليه أن يقدم ضماناً تكميلياً من ماله الخاص ، كأن يقدم عقاراً يملكه ترتب عليه المحكمة حق اختصاص . وهذا لا يمنع من ترتيب تأمين على المنقولات التي وقعت في نصيب الوارث ، كأن تكون حلياً أو مجوهرات أو أوراقاً مالية يقدمها الوارث رهنًا جازياً للدائن (٢) . ويلاحظ أن عملية تأمين الديون المؤجلة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٨ - ٢٥٩ - ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المسألة أيضاً : « وهذه هي أدق نقطة في التصفية عاجلها المشروع ، ووفق فيها بين مصلحة الدائنين في ألا يتجزأ ضمانهم ومصلحة الورثة في أن تتجزأ عليهم الديون ، وفي أن يكون كل مستولا عن الديون الأخرى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٢) .

(٢) وقد أضيفت في لجنة مجلس الشيوخ ، في الفقرة الثانية من المادة ٨٩٥ ، عبارة « على عقار أو منقول » بعد عبارة « وترتب المحكمة لكل دائن من دائنى التركة تأميناً كافياً » =

بعد توزيعها على الورثة تقتضى أن كثيراً من عقارات التركة ترتب عليها المحكمة حقوق اختصاص لمصلحة الدائنين ، وقد كانت خالية من قبل من أى تكليف عيني . لذلك أضيفت في لجنة المراجعة إلى المادة ٨٩٥ فقرة ثالثة تقول : « وفي جميع الأحوال إذا ورد تأمين على عقار ولم يكن قد سبق شهره ، وجب أن يشهر هذا التأمين وفقاً للأحكام المقررة في شهر حق الاختصاص » .

إذا ما اختص كل وارث بنصيب من الديون المؤجلة على النحو السابق الذكر ، فقد يرغب أحد الورثة تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة التي وقعت في نصيبه . وقد قدمنا أن الذي دعا إلى توزيع الديون المؤجلة على الورثة دون التعجيل بوفائها هو أن الورثة لم يجمعوا على هذا التعجيل ، فيجوز إذن أن يكون من بينهم من كان يريد تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة ومنعه من ذلك عدم انعقاد إجماع الورثة . فيستطيع هذا الوارث الذي كان يريد تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة أن يقوم هو بتعجيل الوفاء بما وقع في نصيبه من هذه الديون . ويطلب إلى المحكمة أن تقتضى بحلول الدين المؤجل الذي وقع في نصيبه ، وتعيين المبلغ الذي يستحقه الدائن طبقاً لأحكام المادة ٨٩٤ التي سبق بيانها (١) .

٦٠- وفاء الربوه الذي لم يظهر في قائمة الجرد - نص قانوني :

تنص المادة ٨٩٧ منى على ما يأتي :

« دائرو التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورها في قائمة الجرد ولم تكن لهم تأمينات على أموال التركة ، لا يجوز لهم أن يرجعوا على من كسب بحسن نية حقاً عينياً على تلك الأموال ، وإنما لهم الرجوع على الورثة بسبب إثرائهم » (٢) .

« الواردة في صدر الفقرة ، لأنه إذا كان من المرغوب فيه بيع المنقولات الوفاء بالديون ، ولكن إذا أمكن ترتيب تأمين عليها ، كان ذلك أصلح للورثة والدائنين على السواء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٧) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٨ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٣٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٨ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٠ - ص ٢٦١) .

وبعرض هذا النص لدائى التركة الذين ليس لهم تأمين خاص على أموال التركة ، ولم يعلموا بالتكليف الذى وجهه المصنى للدائنين ، بل قد يكونون لم يعلموا بموت المدين . فلم تظهر الديون التى لهم على التركة فى قائمة الجرد ، ولم يستطيعوا المنازعة فى القائمة لجهلهم بها . فهؤلاء يبقون فى الغالب مجهولين حتى تتم التصفية . ويستولى كل وارث على نصيبه على اعتبار أنه خالص من الديون . لاشك فى أن هؤلاء الدائنين تبقى حقوقهم قائمة ماداموا لم يستوفوها ، ويستطيعون الرجوع بها على أموال التركة ما بقيت هذه الأموال فى أيدي الورثة . إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون . فإذا رجع أحد منهم على عين للتركة فى يد أحد الورثة ونفذ بحقه على هذا العين ، رجع الوارث على الورثة الباقين كل بقدر حصته فى الدين .

لكن إذا تصرف الوارث فى عين للتركة ، أو رتب عليها حقاً حينياً كرهن لأجنبى حسن النية لا يعلم إن هناك دائنين للتركة لم يستوفوا حقوقهم ، لم يستطع هؤلاء الدائنون أن يتبعوا العين أو يتقدموا على الأجنبى ، حتى لو لم يشهر حق الإرث أو شهر ولم تنقضى سنة من وقت شهره واستطاع الدائنون أن يؤشروا بحقوقهم على هامش تسجيل حق الإرث قبل انقضاء هذه السنة . ذلك لأن التصفية الجماعية تقطع السبيل على دائنى التركة الذين لم يتقدموا فى التصفية ، وإذا كانت التصفية لائحى الورثة من هؤلاء الدائنين مادامت أعيان التركة باقية فى أيديهم ، فإنها تحمى الغير . ومن يتعامل مع الوارث بحسن نية بعد انتهاء التصفية من حقه أن يطمئن إلى أن التصفية قد خلصت التركة من الديون ، فلا يجوز لدائن لم يظهر فى التصفية أن يتتبع عيناً للتركة تحت يده أو أن يتقدم عليه فيها . وإنما يجوز لهذا الدائن أن يرجع على الوارث

- ولا مقابل النص فى التقنين المدف السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدف السورى ٨٥٨ م (مطابق) .

التقنين المدف الليبى ٩٠١ م (مطابق) .

التقنين المدف العراقى لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

الذى تصرف في هذه العين أورتب عليها حقاً عينياً ، وذلك - كما نقول
المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى - في حدود ما عسى أن يكون
قد أخذه مقابل مال التركة ، كالثمن إذا كان التصرف بيعاً والبدل إذا كان
مقايضة والعوض إذا كان هبة ^(١) والرجوع هنا يكون بسبب إثراء الوارث
على حساب الدائن . وهذا كله دون إخلال برجوع الدائن على الوارث
الذى تصرف في العين عن طريق غير طريق الإثراء هذا ، وذلك بأن
يرجع الدائن على أعيان التركة التى لا تزال باقية في يد هذا الوارث كما
سبق القول .

٦١ - تخير الوصايا وغيرها من التكاليف - نص قانونى :

تنص المادة ٨٩٨ مدنى على ما يأتى :

« يتولى المصنى ، بعد تسوية ديون التركة ، تنفيذ الوصايا وغيرها
من التكاليف » ^(٢) .

ويعرض هذا النص لما يبقى بعد سداد الديون من التكاليف على التركة .
ونقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « بعد سداد
ديون التركة تنفذ الوصايا وغيرها من التكاليف ، ومن التكاليف ما عسى
أن يكون على التركة من ضريبة لخزينة الدولة » ^(٣) ، وضريبة التركات
تستوفى من التركة بعد سداد ديونها ، إذ هى تفرض على صافى أموال التركة .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٣١ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٩
في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٧ ، مجلس الشيوخ تحت رقم
٨٩٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦١ - ص ٢٦٢) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٥٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبي م ٩٠٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٢ .

والوصية تنفذ في حدود ثلث أموال التركة بعد سداد ديونها أيضاً إذ أن ديون التركة تقدم على الوصايا ، وما جاوز حدود الثلث لا ينفذ إلا بأجازة الورثة ، وسنبحث الوصية فيما يلي .

فالمصنى إذن ، بعد أن يوفى ديون التركة وهى مقدمة على الوصايا والتكاليف الأخرى ، ينفذ التكاليف التى على التركة ، وينفذ الوصايا إن وجدت في الحدود المتقدمة الذكر (١) .

§ ٤ — المرحلة الرابعة — تسليم أموال التركة للورثة فأية من الديون

وقسمة هذه الأموال

٦٢ — المرحلة التى تشتمل هذه المرحلة : بعد أن يسدد المصنى

الديون والوصايا والتكاليف ، يكون ما بقى من أموال التركة ملكاً خالصاً للورثة ، إذ يكون قد تحقق المبدأ القاضى بالألا تركة إلا بعد سداد الديون تحقيقاً عملياً . فعلى المصنى أن يسلم للورثة ما بقى من أموال التركة ، كل بحسب نصيبه في الإرث . ولكن هذه الأموال تكون شائعة بين الورثة ، ومن ثم يجوز لأى وارث أن يطلب من المصنى أن يسلمه نصيبه مفرزاً ، فيعين على المصنى عندئذ أن يقوم بالقسمة . وتسرى على القسمة القواعد المقررة لها ، إلا أن هناك أشياء ثلاثة تتفرد بأحكام خاصة : (١) الأوراق العائلية والأشياء التى تنصل بعاطفة الورثة نحو المورث . (٢) المستغل الزراعى أو الصناعى أو التجارى انذى عسى أن يوجد في التركة . (٣) للديون التى للتركة على الغير . وقد يقوم المورث نفسه حال حياته بقسمة تركته على ورثته عن طريق الوصية ، وهذا ما يسمى بقسمة المورث . ولما كانت هذه القسمة تتناول أموال التركة والورثة والديون التى على التركة ، وهذه كلها لا تتحدد نهائياً إلا عند موت المورث ، فيجب وضع قواعد خاصة للحالات

(١) وإذا كانت الوصية بمهم شائع في التركة أعترت من ديون التركة فتقدم هذه عليها ، وقدمت على أنصبة الورثة فيقدم الموصى له على الورثة في حدود ثلث التركة ، ويتناقص نصيبه أولاً والباقي من التركة يقسم على الورثة بحسب أنصبتهم في الميراث (قارن عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٣٤) . وإذا كانت الوصية بمن مية لوحدة شائعة في عين مية : راصطر المصنى أن ينى الدين كله أو يفضه من هذه العين ، كان للموصى له أن يرجع بتقو الدين الذى استوفى في ثلث الباقي من التركة بعد وفاة الديون (م ٣٩ من قانون الوصية) .

التي لا تتناول فيها قسمة المورث كل أموال التركة أو كل الورثة أو كل ديون التركة .
 فالمسائل التي يجب بحثها في هذه المرحلة الرابعة هي إذن : (١) تسليم
 ما بقي من أموال التركة بعد تصفيتها للورثة (م ٨٩٩ - ٩٠١) . (٢) قسمة
 المصنى للتركة (م ٩٠٢ - ٩٠٤) - (٣) أحكام خاصة تنفرد بها بعض
 أموال التركة عند قسمتها (م ٩٠٥ - ٩٠٧) . (٤) قسمة المورث (م ٩٠٨ -
 ٩٠٩ وم ٩١٢) . (٥) الحالات التي لا تتناول فيها قسمة المورث كل أموال
 التركة أو كل الورثة أو كل ديون التركة (م ٩١٠ - ٩١١ وم ٩١٣) .

٣٣ - تسليم ما بقي من أموال التركة بعد تصفيها للورثة - نصوص قانونية :

تنص المادة ٨٩٩ مدني على ما يأتي :

« بعد تنفيذ التزامات التركة ، يؤول ما بقي من أموالها إلى الورثة ،
 كل بحسب نصيبه الشرعي » .

وتنص المادة ٩٠٠ مدني على ما يأتي :

١ - « يسلم المصنى إلى الورثة ما آكل إليهم من أموال التركة » .

٢ - « ويجوز للورثة ، بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة
 بالجرد ، المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأشياء والنقود التي لا يحتاج لها
 في تصفية التركة أو أن يتسلموا بعضاً منها ، وذلك مقابل تقديم كفالة
 أو بدون تقديمها » .

وتنص المادة ٩٠١ مدني على ما يأتي :

« تسلم المحكمة إلى كل وارث يقدم إعلاماً شرعياً بالوراثة أو ما يقوم
 مقام هذا الإعلام : شهادة تقرر حقه في الإرث وتبين مقدار نصيبه منه ،
 وتعين ما آكل إليه من أموال التركة » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٨٩٩ : ورد هذا النص في المادة ١٣٣٢ من المشروع النهائي على وجه مطابق لما
 استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٨٠ في المشروع
 النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٩ (مجموعة
 الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٣ ص ٢٦٤) .

م ٩٠٠ : ورد هذا النص في المادة ١٣٣٣ من المشروع النهائي على وجه مطابق لما
 استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧١ في المشروع النهائي .

وتعرض هذه النصوص لتسليم المصنق للورثة بما بقي من أموال التركة بعد تصفيها ، أى بعد سداد ديونها وتنفيذ التكاليف والوصايا . ذلك أن التركة بعد هذه التصفية تصبح ملكاً خالصاً للورثة كما قدمنا ، فيسلمها المصنق لهم ، كل بحسب نصيبه في الإرث . وتعتبر هذه الأموال مملوكة للورث ، من وقت موت المورث . لا من وقت التسليم فحسب . ولكنهم لا يستطيعون التصرف فيها إلا من وقت أن يتسلموا من المحكمة التى تنظر في شؤون التصفية سنداً بملكيتهم للأموال الموروثة ، وهم في ذلك كالورثة في التركة التى لم تخضع للتصفية الجماعية لا يستطيعون التصرف في أموال التركة إلا بعد شهر حق الإرث وإن كانوا يملكون هذه الأموال من وقت موت المورث .

والمحكمة تسلم لكل وارث ، بعد تصفية التركة وعند تسلم الورثة ما بقي من أعيان التركة ، سند ملكيته للأموال الموروثة المشار إليه فيما تقدم . وهذا السند هو شهادة الإرث ، يحصل عليها الوارث من المحكمة بعد أن يقدم لها إعلماً شرعياً بالوراثة (١) ، أو ما يقوم مقام هذا الإعلان كحكم صادر من

= ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٤ - ص ٢٦٥) .

م ٩٠١ : ورد هذا النص في المادة ١٣٣٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧٢ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٦ - ص ٢٦٧) .

ولامقابل هذه النصوص في التقنين المدنى السابق .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السوري م ٨٦٠ - ٨٦٢ (موفق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٠٣ - ٩٠٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تريب على المحكمة إن هى اعتدت في قضائها بشيوت الوراثة على إشهاد شرعى لم ينازع فيه أحد (نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠١ رقم ١٦) . وانظر في حجية الاعلام الشرعى لإثبات الورثة ما لم ينقضه حكم : استئناف مخطوط ٢ ماي سنة ١٨٨٩ م ١٢٠ ص ١٢٠ - =

المحكمة المختصة باستحقاقه في الإرث إذا ما أنكر عليه باقي الورثة حقه كوارث فاستصدر هذا الحكم في مواجهتهم^(١) . وهذه الشهادة التي يتسلمها من المحكمة ورقة رسمية تقرر حقه في الإرث ، وتبين مقدار نصيبه في التركة ، وتعين أموال التركة التي آلت إليه بعد التصفية^(٢) . ويستطيع الوارث

٢٢ فبراير سنة ١٨٩٣ م ص ٢١٢ - ٦ فبراير سنة ١٨٩٥ م ص ١١٠ - ٢٠ يناير سنة ١٨٩٨ م ص ١٠ (لاحية للإعلام الشرعي إذا فلقه إقرار من يشهد لصالحه) - ٢٣ مارس سنة ١٩٠٥ م ص ١٧ (لاحية للإعلام الشرعي الصادر من محكمة شرعية أجنبية ولم تراجعه سلطة مصرية مختصة) - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٠٥ م ص ٢٤ - ٨ يناير سنة ١٩٢٥ م ص ٣٧ - ١٤٨ - ١٠ فبراير سنة ١٩٢٧ م ص ٣٩ (حجية الإعلام الشرعي ما لم ينقضه دليل مخالف) - ٢٥ يونيو سنة ١٩٣٢ م ص ٤٤ - ٣٩١ - ١٤ يونيو سنة ١٩٣٨ م ص ٥٠ (رفض تحرير الإعلام الشرعي إذا فاز أحد الورثة ويجب في هذه الحالة رفع دعوى الإرث) .

وقد قضت محكمة النقض بأن حجية الإعلام الشرعي بتحقيق الوفاة والوراثة الذي يصدر بناء على إجراءات تقوم في جوهرها على تحقيقات إدارية يصح أن ينقضها بحث تقوم به السلطة القضائية المختصة (نقض مدني ١٩ يونيو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٦٠٣) . (١) وقد قضت محكمة النقض بأن حكم المحكمة الشرعية القاضي بمنع التعرض في بعض التركة ، إذا كان مؤسسا على ما قضى به من ثبوت الإرث المبني على التمسك ، يعتبر حكما موضوعيا بالوراثة (نقض مدني ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاما جزء ٢ ص ١٠٠٠ رقم ١٤) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأن المشرع أراد أن يضمن على شهادة الوفاة والوراثة حجية ما لم يصدر حكم على خلافها ، ومن ثم جاز للمدعي الشأن من لهم مصلحة في الطعن على الإشهاد أن يطلبوا بطلانه ، سواء أكان ذلك في صورة دعوى مبتدأة أم في صورة دفع (نقض مدني سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨ ص ٣٤٠) - وانظر نقض مدني ٩ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ ص ٦١٩ - ١١ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٤٧ ص ١٠٨٣ - ٢٩ يونيو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢٠٦ ص ١٤٨٠ .

(٢) وفيما يتعلق بتركات الأجانب ، تنص المادة ٩٥٠ مرافعات على أن « يصدر قاضي الأمور الوقفية أمرا على عريضة ... (رابعا) يتسلم كل وارث شهادة تقرر حقه في الإرث ، وتبين مقدار نصيبه فيه ، وتعين ما آل إليه من أموال التركة ، وذلك بناء على طلب الوارث وبعد أخذ رأى المصن كتابا . (خامسا) بتقدير نفقات التصفية والأجر الذي يستحقه المصن عن الأعمال التي قام بها أو من استعان بهم من أهل الخبرة » . وهذا يجوز لقاضي الأمور الوقفية « عند الاقتضاء أن يحيل الطلب إلى المحكمة ، ويأمر بإعلان ذوي الشأن بللسة يحددها في ميعاد ثمانية أيام على الأقل ، وتفصل المحكمة في الطلب متعقدا بهيئة غرفة مشورة » .

أن يشهر حقه في الإرث عن طريق تسجيله لهذه الشهادة ، إذ هي تتضمن كل البيانات اللازمة .

وليس من الضروري أن ينتظر الوارث نهاية التصفية قبل أن يتسلم بعضاً مما يؤول إليه من أموال التركة . فقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٩٠٠ مدني تنص على ما يأتي : « ويجوز للورثة ، بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأشياء والنقود التي لا يحتاج لها في تصفية التركة أو أن يتسلموا بعضاً منها ، وذلك مقابل تقديم كفالة أو بدون تقديمها » . فن احتمل ، بعد انقضاء الميعاد المقرر لرفع المنازعات المتعلقة بقائمة الجرد . وهو ثلاثون يوماً من يوم إخطار آخر وارث بإبداع القائمة قلم كتاب المحكمة ، أن يتبين ، من الرجوع إلى القائمة وما يقدم فيها من منازعات . أن التركة ظاهرة اليسار وأن المصني ليس في حاجة للاحتفاظ بجميع أموال التركة لتصفيتها . ففي هذه الحالة يجوز للوارث أن يطالب المصني بأن يسلمه فوراً كل نصيبه أو بعضه في الأشياء والنقود التي لا يحتاج لها المصني في تصفية التركة ، فيسلمه المصني ما يطلبه على أن يخصم من نصيبه النهائي في الميراث . ويطالب المصني الوارث بكفالة أو لا يطالبه بها بحسب مقدار يسار التركة . فإن كان اليسار كبيراً لم يطالبه بتقديم كفالة إذ لا يتضمن تسليم الوارث لشيء من أموال التركة أي خطر ، وإن كان اليسار غير كبير طالبه بتقديم كفالة إذ قد يتبين في النهاية أن المال الذي تسلمه الوارث لازم لتصفية التركة فتضمن الكفالة رد هذا المال . وما تسلمه الوارث من الأموال وقتئذ يستطيع التصرف فيه ، دون انتظار لنهاية التصفية وتسليم شهادة الإرث (١) .

٦٤ - قسم المصني للتركة - مرسوم قانونية : تنص المادة ٩٠٢

مدني على ما يأتي :

« لكل وارث أن يطلب من المصني أن يسلمه نصيبه في الإرث مفرزاً ، إلا إذا كان هذا الوارث مازماً بالبقاء في الشيوع بناء على اتفاق أو نص في القانون » .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٦٦ .

وتنص المادة ٩٠٣ مدني على ما يأتي :

« ١ - إذا كان طلب القسمة واجب القبول . تولى المصنف إجراء القسمة بطريقة ودية على أن تصبح هذه القسمة نهائية إلا بعد أن يقرها الورثة بالإجماع » .

« ٢ - فإذا لم يتعقد إجماعهم على ذلك ، فلي المصنف أن يرفع على نفقة الزكة دعوى بالقسمة وفقاً لأحكام القانون . وتستزل نفقات الدعوى الدعوى من أنصاء المتقاسمين » .

وتنص المادة ٩٠٤ مدني على ما يأتي :

« تسرى على قسمة الزكة القواعد المقررة في القسمة . وبوجه خاص ما يتعلق منها بضمان التعرض والاستحقاق وبالفن وبامتياز التقاسم . وتسرى عليها أيضاً الأحكام الآتية » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٠٢ : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ١٣٣٥ من المشروع النهري على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وكان المشروع التمهدي ينصن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتي : « ومع ذلك فللقاضي الجزئي أن يأمر . بناء على طلب ذي شأن ، بوقف تقسيم الزكة أو بعض أعينها ، إذا كانت القسمة العاجلة من شأنها أن تؤدي إلى نقص محسوس في قيمة المال » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٧٣ في المشروع النهائي ، بعد حذف الفقرة الثانية وذلك نتيجة لحذف نص يماثلها كان قد ورد في القسمة (م ١٢٠٢/٢ من المشروع التمهدي وقد حذفت في لجنة المراجعة لعدم الموائمة على حكمها : مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٢) . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٧١ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٧ - م ٢٦٨) .

م ٩٠٣ : ورد هذا النص في المادة ١٣٣٦ من المشروع التمهدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٢ . فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٩ - م ٢٧٠) .

م ٩٠٤ : ورد هذا النص في المادة ١٣٣٧ من المشروع التمهدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧٥ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٣ . فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٧٠ - م ٢٧١) .

ولامقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق .

ونقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري ٨٦٣ - ٨٦٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي ٩٠٦ - ٩٠٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقارئة اللبناني لا مقابل .

وتعرض هذه النصوص لحالة ما إذا طلب أحد الورثة (١) من المصنف أن يسلمه نصيبه في الإرث مفرزاً . فإن أموال التركة بعد تصفيها تكون شائعة بين الورثة . ولما كان لا يجبر أحد على البقاء في الشيوع إلا باتفاق كما هو الأمر في ملكية الأسرة أو بنص في القانون كما هو الأمر في الشيوع الإجباري ، فإن الوارث الذي يطلب تسلم حصته مفرزة ، إذا لم يوجد اتفاق أو نص يمنعه من التقدم بهذا الطلب ، لا بد أن يجاب إلى طلبه . ويتعين على المصنف في هذه الحالة أن يجرى قسمة أموال التركة ، حتى يفرز نصيب الوارث . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « إذا لم يوجد مانع من إجابة الوارث إلى طلب تسليم نصيبه مفرزاً ، تولى المصنف تجنيب حصته مفرزة بالاتفاق مع الورثة ، فإن لم يتفقوا جميعاً ، رفع دعوى القسمة وتكون نفقاتها على الورثة ، ويسرى على هذه الدعوى أحكام دعوى القسمة ، ويترتب عليها نفس الأحكام » (٢) . ويترتب على القسمة بوجه خاص ضمان التعرض والاستحقاق ، ونقص القسمة للغب ، وامتياز المتقاسم ، وقد سبق بيان ما يتعلق بالتعرض والاستحقاق والغب ، وسيأتى بيان امتياز المتقاسم عند الكلام في التأمينات العينية .

٦٥ - أملاك خاصة تنفرد بها بعضه أصول التركة عن غيرها -

الأوراق العائلية وما إليها والمستقل الزراعى أو الصناعى أو التجارى والمربوه التى للتركة - نصوص قانونية : وقد أفرد القانون بعض أموال التركة عند قسمتها بأحكام خاصة .

فصت المادة ٩٠٥ مدنى على ما يأتى : « إذا لم يتفق الورثة على قسمة الأوراق العائلية أو الأشياء التى تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث ، أمرت المحكمة إما ببيع هذه الأشياء أو بإعطائها لأحد الورثة مع استئصال قيمتها من نصيبه فى الميراث أو دون استئصال ، ويراعى فى ذلك ما جرى عليه العرف

(١) أو الموصى لهم بسهم شائع فى التركة ، فإنه يعتبر شريكاً فى الشيوع مع الورثة .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٩ .

وما يحيط بالورثة من ظروف شخصية (١) .

فالأوراق العائلية والأشياء التي تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث .
كذكراته وشهادته وأسمته وملابسه الرسمية وصوره الفوتوغرافية وما تركه
من ذكريات مادية كالأسلحة وأصول المؤلفات والمكتب الذي كان يقعد إليه
والقلم الذي كان يكتب به وما إلى ذلك ، إذا اتفق الورثة على أمر في شأنها ،
نفذ هذا الاتفاق . أما إذا لم يتفق الورثة على طريقة تقسيمها ، تولت
المحكمة المختصة بنظر شؤون التصفية البت في شأنها ، مستلزمة في ذلك
العرف وظروف الأسرة والظروف الشخصية للورثة . فقد تأمر ببيعها
وتوزيع ثمنها على الورثة ، وقد تعطيها لوارث معين هو ألبق الورثة باقتنائها
بعد استئزال قيمتها من نصيبه في الإرث ، أو دون استئزال إذا تمحضت
قيمتها في عنصرها المعنوي .

ونصت المادة ٩٠٦ مدني على ما يأتي : « إذا كان بين أموال التركة
مستغل زراعي أو صناعي أو تجاري مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها :
وجب تخصيصه برمته لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدرهم على الاضطلاع
به ، وضمن هذا المستغل يقوم بحسب قيمته ويستئزل من نصيب الوارث
في التركة . فإذا تساوت قدرة الورثة على الاضطلاع بالمستغل : خصص
لمن يعطى من بينهم أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل » (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٣٨ من المشروع التمهيدي على وجه
مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧٦ في
المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٤ ، فجلس الشيوخ تحت رقم
٩٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٧٢ - ص ٢٧٣) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٦٦ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٠٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٣٩ من المشروع التمهيدي على الوجه
الآتي : « إذا كان من أموال التركة مستغل زراعي أو صناعي أو تجاري ، وجب تسليم
هذا المستغل باعتباره واحده اقتصادية قائمة بذاتها لمن يطلبه من الورثة ، إذا كان أقدرهم على »

فالمستغل الزراعي أو الصناعي أو التجاري الذي يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها . كبستان غرست فيه أشجار الفاكهة أو الزهور وكمنع وكحل تجارى ، يراعى فيه هذه الوحدة الاقتصادية ، فلا يصح تقسيمه وإلا كان في ذلك انتقاص كبير من قيمته . فيعطى المستغل برمته لأقدر الورثة على استغلاله ، ويقدر ثمن المستغل بحسب قيمته كرأس مال لا بحسب ما ينتجه من إيراد . ويستزل هذا الثمن من نصيب الوارث الذي أعطى له المستغل ، فإذا لم يف نصيبه بثمن المستغل ألزم بدفع الفرق . فإذا تساوى وارثان أو أكثر في القدرة على الاستغلال ، أعطى المستغل لمن يدفع فيه أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل . وإذا لم يوجد أحد من الورثة تتوافر فيه القدرة على الاستغلال . يبع المستغل لأجنبي طبقاً لتقواعد المقررة في القسمة ، ووزع ثمنه على الورثة . وإذا لم يوجد في التركة غير المستغل أو كان هو معظم التركة . ووجد وارث تتوافر فيه القدرة على استغلاله ورضى بدفع ثمنه ، أعطى له ، ويكتفى بأى الورثة كل بحصته في الثمن بنسبة نصيبه في الإرث .

الاصطلاح به ، على أن يراعى في تقدير الثمن ما ينتجه هذا المستغل ، وأن يستزل هذا الثمن من نصيب الوارث في التركة . وقد وافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٧٧ في المشروع التباي ؟ بعد إدخال بعض تعديلات لفظية عليه . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٥ . وفي لجنة الشيوخ روى أن يكون تقوم المستغل لا باعتبار قيمة إيراده وإنما بحسب قيمته ، لأن الإيراد قد يتأثر بطريقة الاستغلال وقدرة المستغل ، ولذلك استبدلت عبارة « يقوم بحسب قيمته » بعبارة « يقدر باعتبار قيمة إيراده » . وأضيف إلى الشق الأخير من النص عبارة « فإذا تساوت قدرة الورثة على الاستغلال بالمستغل ، خصص لمن يعطى من بينهم أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل » . وقد أصبح النص بعد هذه التعديلات مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد وصار رقمه ٩٠٦ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٧٣ - ص ٢٧٥) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري ٨٦٧ م (مطابق) .

التقنين المدني الليبي ٩١٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل

قانون الملكية المقارنة اللبناني لا مقابل .

ونصت المادة ٩٠٧ مدني على ما يأتي : « إذا اختص أحد الورثة عند القسمة بدين للتركة ، فإن باقى الورثة لا يضمّنون له المدين إذا هو أعرس بعد القسمة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » (١) .

ويلاحظ فى صدد هذا النص أنه يعرض للديون التى للتركة ، أى للحقوق الشخصية (créances) التى يكون فيها المورث دائناً لأجنبي . وهذه الحقوق الشخصية لا تدخل فى الشبوع مع أموال التركة الشائعة ، بل هى تنقسم بمجرد وفاة المورث على الورثة ، كل بنسبة حصته فى الميراث (٢) . فإذا وضع كل الحق الشخصى عند القسمة فى نصيب أحد الورثة ، فإنما يكون ذلك فيما بين الورثة وحدهم . أما بالنسبة إلى المدين بهذا الحق ، فإنه يموت المورث يصبح مديناً لكل وارث بمقدار حصته . ويجب أن يحول باقى الورثة حصصهم للوارث الذى وقع فى نصيبه الحق عن طريق حوالة الحق (٣) . ولكن هؤلاء الورثة لا يضمّنون للوارث الذى اختص بالحق وحده إعرس المدين بعد القسمة إلا إذا وجد اتفاق يقضى بذلك ، كما تقول المادة ٩٠٧ مدني سالفه الذكر . فهم إذن يضمّنون للوارث ، دون اتفاق ، إعرس المدين عند القسمة . وفى هذا تشديد للضمان الذى تقرره

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٤٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧٨ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٦ - ص ٢٧٧) . ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٦٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩١١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية المقارية اللبنانى لا مقابل .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن دين الأجرة ، وإن كان أصدا مورث ، إلا أنه مادام بطبيعته قابلاً للاقسام ، فهو ينقسم بعد وفاته على الورثة كل بقدر حصته الميراثية (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢٠١ ص ١٢٧٨) .

(٣) أنظر ما قدمناه فى هذه المسألة عند الكلام فى القسمة : الوسيط ٨ ققرة ٥٧٩ .

القواعد العامة ، إذ تنص المادة ١/٣٠٩ مدنى على أنه « لا يضمن المهيل يسار المدين ، إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان » . فالهيل لا يضمن إلا وجود الدين وقت الحوالة ، ولا يضمن يسار المدين في هذا الوقت إلا باتفاق خاص . أما هنا في قسمة التركة ، حيث تقتضى القسمة مراعاة المساواة ما بين المتقاسمين ، فالورثة يضمنون يسار المدين عند القسمة دون حاجة إلى اتفاق خاص على ذلك . أما إذا أريد ضمان يسار المدين عند حلول المدين ، فهذا الذى يقتضى اتفاقاً خاصاً كما تقتضى بذلك المادة ٩٠٧ مدنى التى تقدم ذكرها .

٦٦ - قسمة المورث - نصوص قانونية : تنص المادة ٩٠٨ مدنى على ما يأتى :

« تصبح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى ، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه ، فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية » .
وتنص المادة ٩٠٩ مدنى على ما يأتى :

« القسمة المضافة إلى ما بعد الموت يجوز الرجوع فيها دائماً : وتصبح لازمة بعد وفاة الموصى » .
وتنص المادة ٩١٢ مدنى على ما يأتى :

« تسرى في القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة .
عدا أحكام الغبن » . (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٠٨ : ورد هذا النص في المادة ١٣٤١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
« يجوز للمورث أن يقسم التركة بين ورثته بوصية مكتوبة في ورقة رسمية ، على أن يراعى في ذلك القواعد المتعلقة بتحديد أنصبة الورثة وتحديد القدر الذى يجوز فيه الوصية » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٧٩ في المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عدل النص على الوجه الآتى : « يجوز للمورث أن يقسم التركة بين ورثته ، على أن يراعى في ذلك أحكام الوصية والقواعد المتعلقة بتحديد أنصبة الورثة وتحديد القدر الذى يجوز فيه الوصية » ، وبسبب التعديل العمل على تنسيق النص مع نص المادة ١٣ من مشروع قانون الوصية ، ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٧٧ . وفى لجنة مجلس الشيوخ وضع نص جديد هو نفس النص الوارد في قانون الوصية لتتفق بين القانون المدنى وقانون الوصية ،

ونعرض هذه النصوص لقسمه المورث ، وهي القسمه التي يجزئها المورث في تركته بين ورثته حال حياته ، وتكون في صورة وصية يجوز الرجوع فيها . ولولم يجز الرجوع فيها لكانت تعاملًا في تركه مستقبله وكانت باطله ، فجعلت وصية يجوز الرجوع فيها لأن الوصية مستثناة من حكم بطلان التعامل في التركة المستقبلية . والمادة ٩٠٨ مدني سالفة الذكر تقرر الجبدأ العام في هذه المسألة ، وهي منقولة من المادة ١٣ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ التي تجرى على الوجه الآتي : « نصح الوصية بقسمه

١ - فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٩٠٨ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٧٧ - ص ٢٧٩) .
 ٢ - ورد هذا النص في المادة ١٣٤٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « القسمه المضافة إلى ما بعد الموت يجوز الرجوع فيها دائماً ، ولكن لا يتم الرجوع إلا إذا كان في ورقة وصية » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٨٠ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عدل النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وذلك لتنسيق بينه وبين المادة ١٣ من قانون الوصية ، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٨ . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٧٩ - ص ٢٨٠) .

٣ - ورد هذا النص في المادة ١٣٤٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي :
 ١ - « تسرى في القسمه المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمه عامة ، ويسرى بوجه خاص ما يتعلق من هذه الأحكام بضمان الترخض والاستحقاق وما يتعلق سهاالفين وبامتياز المتقاسم .
 ٢ - وعلى الوارث الذى يظن في القسمه بالفين أن يرفع دعواه في السنة التالية لتسليم أموال التركة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٨٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨١ . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى على الوجه الآتي : « تسرى في القسمه المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمه عامة ، عدا أحكام الفين » ، وقد استبدلت أحكام الفين دفعاً للتدخل بين أحكام الوصية وأحكام الفين . وحذفت الفقرة الثانية تمشياً مع استبعاد أحكام اثنين . فصار النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٩١٢ . ووافق مجلس الشيوخ عليه كما عدلته بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٢ - ص ٢٨٥) .

ولا مقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري وم ٨٦٩ - ٨٧٠ وم ٨٧٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي وم ٩١٢ - ٩١٣ وم ٩١٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

أعيان التركة على ورثة الموصى . بحيث يعين لكل وارث أولبعض الورثة قدر نصيبه . وتكون لازمة بوفاء الموصى . فان زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه في التركة ، كانت الزيادة وصية . وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون الوصية في صدد هذا النص : « مادة جديدة وضعت لتمكين المورث من تنظيم تركته وقسمتها بين الورثة على وجه المصلحة التي يراها . فيجوز للمورث أن يعين لكل وارث قدر نصيبه في التركة : وأن يوصى بأن يكون لكل وارث ما عينه له ، ووصيته بذلك صحيحة نافذة (قال بذلك بعض فقهاء الشافعية والحنابلة) . وبناء على ما جاء بالمادة ٣٨ من جواز الوصية للوارث بالثلث بدون توقف على إجازة الورثة : يجوز للمورث أن يزيد في بعض الأنصبة ما يراه بحيث لا يتجاوز مجموع الزيادة ثلث التركة . فان كان أكثر من الثلث ولم يجز الورثة الزائد : قسم الثلث بين أصحاب الأنصبة المزيدة بنسبة مازاده لكل منهم : ورد الباقي إلى التركة » .

وليس من الضروري أن يقسم المورث تركته على جميع ورثته . بل يصح أن يفرز نصيب بعض الورثة دون غيرهم ، ويكون باقي التركة للباقي من الورثة شائعاً بينهم . ومن أفرز المورث نصيبه في التركة لا يجوز أن يزيد قيمة نصيبه على استحقاقه في الإرث إلا بقدر ثلث التركة . إذ تعتبر هذه الزيادة وصية .

وقسمة المورث هي وصية من ناحية : وقسمة من ناحية أخرى . فن حيث إنها وصية . يجوز للمورث الرجوع فيها دائماً حال حياته . ولاتصبح لازمة إلا بوفاته (م ٩٠٩ مدني سالف الذكر) . ومن حيث إنها قسمة . تسرى عليها أحكام القسمة . وبخاصة أحكام ضمان التعرض والاستحقاق وأحكام امتياز المتقاسم . ويستثنى من ذلك أحكام الغبن فهي لا تسرى على قسمة المورث ، وقد قدمنا أنه يجوز للمورث أن يعطي أحد الورثة أكثر من استحقاقه وتكون الزيادة وصية . فالزيادة إذن لا تكون غبناً بل تعتبر وصية وتنفذ دون إجازة الورثة ما دامت في حدود ثلث التركة : وعلى ذلك وجب استبعاد أحكام الغبن (١) .

(١) انظر ماتم في لجنة مجلس الشيوخ في هذا الشأن آنفاً ص ١٨٧ عند ص ١

٦٧- الحالات التي لا تتناول فيها قسمه المورث كل أموال التركة أو كل

الورثة أو كل ذبونه التركة- فهو من قانونية : ولما كان المورث يقسم تركته بين ورثته حال حياته ، وكانت أموال التركة والورثة وديون التركة لا يمكن معرفتها على وجه التحقيق إلا عند وفاة المورث ، لذلك كان من الجائز ألا تتناول القسمة كل أموال التركة أو كل الورثة أو كل ديون التركة . فبقيا يتعلق بعدم تناول القسمة كل أموال التركة، تنص المادة ٩١٠ ملغى على ما يأتي : « إذا لم تشمل القسمة جميع أموال المورث وقت وفاته ، فإن الأموال التي لم تدخل في القسمة تؤول شائعة إلى الورثة طبقاً لقواعد الميراث (١) . وهذا النص يسرى فيها إذا استجد للمورث مال بعد القسمة التي أجراها بين ورثته ، ولم يتمكن من إدخال هذا المال الجديد في القسمة قبل موته ، أو لم يرد ذلك . فتبقى القسمة التي أجراها في الأموال التي أجريت فيها على ما هي عليه ، أما المال الذي استجد فيؤول إلى الورثة ضمن تركته ، ولكنه يكون شائعاً بينهم لأنه لم يدخل في القسمة ، ويوزع بينهم طبقاً لقواعد الميراث (٢) . وقد يقع العكس ويتصرف المورث في بعض الأموال التي دخلت في القسمة : فتختل بذلك القسمة التي أجراها بين

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٤٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٨١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٠ - ص ٢٨١) .

ولا مقابل النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المغنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٧١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩١٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقارنة اللبناني لا مقابل .

(٢) ويلاحظ هنا أنه في حساب المقدار الجائز الإيصاء به لبعض الورثة في القسمة التي أجراها المورث ، يضاف المال الذي استجد إن المال الذي أجريت فيه القسمة ، فيكون المقدار الجائز الإيصاء به هو ثلث هذا المجموع .

الورثة . ولما كانت القسمة قد أجريت بطريق الوصية ، فإن تصرف المورث في بعض الأموال التي أدخلها في القسمة يعتبر عدولاً منه عن الوصية . قسمة ط القسمة ، وتكون الأموال التي يتركها المورث لورثته عند وفاته دون أن يتصرف فيها تركة شائعة بين الورثة . ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « وإذا كان الأمر بالعكس وتصرف المورث في بعض الأموال التي دخلت في القسمة ، فإن القسمة تبطل ويجب إجراء قسمة جديدة » . (١)

وفما يتعلق بعدم تناول القسمة كل الورثة ، تنص المادة ٩١١ مدنى على ما يأتى : « إذا مات قبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة المحتملين الذين دخلوا القسمة ، فإن الحصة المفرزة التي وقعت في نصيب من مات توول شائعة إلى باقى الورثة طبقاً لقواعد الميراث » . (٢) وهذا النص يسرى فيها إذا مات قبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة الذين دخلوا القسمة ، ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد :

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٤ من المشروع التمهيدى كان يجعل النص فقرة ثانية تسبقها عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يجعل النص فقرة ثانية تسبقها فقرة أولى تجرى على الوجه الآتى : « إذا لم يدخل في القسمة جميع من يوجد من الورثة وقت وفاة المورث ، كانت القسمة كلها باطلة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٨٢ في المشروع النهائى . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب حذفت الفقرة الأولى لينتسج النص مع المادة ١٣ من مشروع قانون الوصية التي تمكن المورث من إفراد نصيب بعض الورثة إذا رأى الاختصار على ذلك . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٨٠ . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩١١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٢ - ص ٢٨٣) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٧٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩١٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

« وإذا نقصوا (الورثة الذين دخلوا القسمة) بأن مات أحد منهم قبل وفاة المورث ، ولم تتغير أنصباة الباقي بعد هذا الموت ، فإن الحصة المقررة التي وقعت في نصيب من مات تؤول شائعة لبقية الورثة بنسبة حصة كل منهم في الميراث . وإن حجب أحد منهم بوارث وجد بعد القسمة وتغيرت الأنصباة بهذا الحجب ، بطلت القسمة^(١) . وهناك فرض ثان ، هو أن يزيد الورثة عما كانوا عليه وقت الوصية بالقسمة . سواء دخل كل الورثة الموجودين وقت الوصية القسمة أو دخل بعضهم فقط . وفي هذا الفرض تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وفيما يتعلق بالورثة . إذا زادوا وقت الموت عما كانوا وقت الوصية ، فإن القسمة تصبح باطلة^(٢) . وذلك لأن أنصباة الورثة تكون قد تغيرت وقت الموت عما كانت وقت الوصية بالقسمة بسبب من استجد من الورثة . بقى الفرض الأخير . وهو أن يدخل بعض الورثة دون بعض في القسمة . ويبقى الورثة وقت الموت كما كانوا وقت الوصية بالقسمة . وفي هذا الفرض تبقى قسمة المورث صحيحة . إذ يكون المورث قد أفرز نصيب بعض الورثة دون بعض . ولم تتغير أنصباة الورثة وقت الموت عما كانت وقت الوصية بالقسمة . وهذا جائز طبقاً لصريح نص المادة ٩٠٨ مدنى والمادة ١٣ من قانون الوصية . وفيما يتعلق بعدم تناول القسمة كل ديون التركة . تنص المادة ٩١٣ مدنى على ما يأتى : « إذا لم تشمل القسمة ديون التركة . أو شملتها ولكن لم يوافق الدائنون على القسمة . جاز عند عدم تسوية الديون بالاتفاق مع الدائنين ، أن يطلب أى وارث قسمة التركة طبقاً للمادة ٨٩٥ . على أن تراعى بقدر الإمكان القسمة التى أوصى بها المورث والاعتبارات التى بنيت عليها^(٣) . ويلاحظ فى هذا الصدد أن قسمة المورث للديون التى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٧ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٤٦ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يقول « جاز عند عدم اتفاق الورثة على تسوية الديون » . وفى لجنة المراجعة استبدل بهذه العبارة عبارة « جاز عند عدم تسوية الديون بالاتفاق مع الدائنين » . وصار النص رفد ٩٨٤ و المشروع النهائى

على التركة بين الورثة يجب : حتى تكون نافذة في حق دائني التركة ، أن يوافقوا عليها . فإذا لم يوافق الدائنون على القسمة ، أو لم تشمل القسمة ديون التركة ، فإن التركة تبقى مثقلة بهذه الديون . فإذا استطاع الورثة أن يتفقوا مع الدائنين على تسوية هذه الديون ، نفذ ما اتفقوا عليه جميعاً في هذا الشأن . وإذا لم يستطع الورثة الاتفاق مع الدائنين ، فإن قسمة المورث تكون غير كاملة إذ لم تندرج فيها الديون . ويجوز عندئذ لأى وارث أن يطلب من المحكمة المختصة بنظر شؤون التصفية أن تتولى قسمة التركة من جديد طبقاً لأحكام المادة ٨٩٥ مدني - التي سبق ذكرها . فتوزع المحكمة الديون المؤجلة وأموال التركة بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون في نتيجته معادلاً لصافي حصته في الإرث (م ٨٩٥ مدني) ، وتوزب المحكمة التأمينات الكافية على أموال التركة لضمان حقوق دائني التركة طبقاً لأحكام الفقرتين الأخيرتين من المادة ٨٩٥ مدني . وتلتزم المحكمة في كل ذلك - بقدر الإمكان - ، القسمة التي أوصى بها المورث والاعتبارات العائلية والشخصية التي بنيت عليها هذه القسمة ، فلا تنحرف عنها إلا للضرورة ، حتى تحترم بذلك وصية المورث بقدر المستطاع .

المبحث الثالث

شهر حق الإرث

٦٨ - موضوع من المورث للشهر من قانون تنظيم الشهر العقاري :

لم يستقص قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ استقصاء تاماً للمهررات

- ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٢ ، فجلس الشيوخ رقم ٩١٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٦ - ص ٢٨٨) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري . . م ٨٧٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي . . م ٩١٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

(١) أنظر آتفاً فقرة ٥٩ .

التي يجب شهرها . فقد اقتصر في التصرفات القانونية على العقود ما بين الأحياء ، وترك الوقائع والتصرفات التي تنقل الملك بسبب الموت وهي الإرث والوصية . وقد كان عدم شهرها ثغرة واسعة في نظام الشهر الذي قرره التفتين المدنى السابق . فبقى ثغرة واسعة في نظام الشهر الذي قرره قانون التسجيل . فالوصية تصرف قانونى . ولكنها ليست بعقد من جهة وهي من جهة أخرى تنقل الملك بسبب الموت لافيا بين الأحياء ، ومن ثم لم تكن خاضعة للتسجيل طبقاً لأحكام قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ . وكذلك حق الإرث لم يكن خاضعاً للتسجيل طبقاً لهذا القانون ، فالإرث ينقل الملك بسبب الموت لافيا بين الأحياء ، وهو ليس بعقد ، بل هو ليس بتصرف قانونى إذ هو واقعة مادية . وقد كان ذلك سبباً في قصور دفاتر الشهر عن أن تكشف عن تسلسل الملكية العقارية ، فكثيراً ما تنتقل هذه الملكية بالإرث أو بالوصية فتقطع حلقات السلسلة عند ذلك . لهذا لم يكن قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ أساساً صالحاً للتمهيد لنظام السجل العيني مع وجود هذه الثغرات فيه . وقد سد هذه الثغرات قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ المعمول به منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ . ولا يزال معمولاً به حتى الآن . فقد استقصى هذا القانون جميع التصرفات الواجب شهرها . منشة كانت أو كاشفة . فدخل فيما يجب شهره جميع التصرفات . سواء كانت بين الأحياء كالبيع أو بسبب الموت كالوصية ، وكانت الوصية لانخضع للتسجيل من قبل كما سبق القول . وتناولت المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى واقعة مادية لاتصرفاً قانونياً ، وهي واقعة الإرث ، فأخضعها للشهر لما في شهرها من أهمية بالغة ، إذ هي من أكثر الأسباب شيوعاً في نقل الملكية (١) .

(١) الوسيط ٤ فقرة ٢٦١ ص ٤٥٩ و فقرة ٢٦٣ ص ٤٦٤ . وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى في هذا الصدد : « ولعل نص هذه المادة والمادة التي تليها أم ما أتى به المشروع المرافق من أحكام جديدة في حدد المحررات الواجب شهرها . ولم يكن بد من اتخاذ هذه الخطوة بالنص على شهر المحررات المشار إليها في هاتين المادتين ، تبهيداً وتيسيراً لوضع نظام السجلات العينية ، إذ لوحظ في شأن هذه المحررات أن عدم خضوعها للشهر في الماضي كان سبباً من أهم أسباب عدم استقرار الملكية العقارية في البلاد » .

فحق الإرث إذن لا يخضع للشهر إلا بموجب قانون تنظيم الشهر العقاري، منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ وهو تاريخ العمل بهذا القانون . وعلى ذلك فحقوق الإرث التي نشأت قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ ، بموت المورث قبل قبل هذا التاريخ ، لا تخضع للشهر وتنتقل فيها الملكية للورثة ، ويستطيع هؤلاء أن يتصرفوا في العقارات التي ورثوها وتشهر تصرفاتهم دون حاجة إلى شهر حق الإرث . على أن قانون تنظيم الشهر العقاري نص في المادة ٥٣ منه على أن « تطبق المواد ٤٨ وما يليها على حقوق الإرث التي تنشأ ابتداء من تاريخ العمل بأحكام هذا القانون . أما حقوق الإرث السابقة على هذا التاريخ ، فلا تطبق في شأنها المواد المذكورة إلا اختياراً » (١) . فالقانون إذن أباح لمن تلقى حق الملكية بطريق الميراث قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ أن يقوم بشهر حق الإرث إذا أراد ذلك ، فالشهر ليس إجبارياً بالنسبة إليه وإن كانت له مصلحة عملية كبيرة في القيام به (٢)

(١) وقد نص المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق صراحة على كل ذلك في الفقرة الأولى من المادة ١١ منه إذ تقول : « يجب شهر حق الإرث إذا كانت الوفاة لاحقة على ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٦ ، بتسجيل إشارات الورثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من المستندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة التي يجب أن تتضمن نصيب كل وارث إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية . وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من وارث في حق من هذه الحقوق . وإذا كانت الوفاة سابقة على أول يناير سنة ١٩٤٧ ، فيكون شهر حق الإرث اختيارياً » .

(٢) ويقول الدكتور محمود شوقي توضيحاً لذلك : « لا شك أن الورثة مصلحة كبيرة في الاتجاه إلى شهر حق الإرث المتعلق بهم ، سواء أكانت التركة قد آلت إليهم قبل أم بعد تنفيذ قانون الشهر العقاري . وذلك لأن شهر هذا الحق يقتضي من جانب مكاتب الشهر وأمورياتها فحص أساس الملكية من الناحيتين القانونية والهندسية ، وتسليم ذوى الشأن عقب إجراء الشهر مستندات كافية ببيان حقيقة حقوقهم ومحة حدود ومساحات العقارات التي آلت إليهم ، مما يسر عليهم الوقوف على بيان المقادير المضبوطة لهذه العقارات وإجراء أى تصرف لاحق دون حاجة إلى فحص جديد . ويزيد من أهمية هذا الإجراء أن أموريات الشهر العقاري وأقالمها الهندسية تقوم بضبط ملكية العقارات وحقيقة مساحتها وبيان موقعها على الطبيعة وفي الخرائط وتعيدها تحديداً لا يقبل الشك بوضع حدان عليها عند الاقتضاء ، مما يجعل الورثة على بينة من كافة عقارات التركة ويضمنهم عن القيام بهذه البحوث على حسابهم الخاص ، فيحقق لهم بذلك »

٦٩ - كيف يتم شهر حق الإرث طبقاً لقانونه تنظيم الشهر العقاري ؟

تنص المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري على ما يأتي : « يجب شهر حق الإرث بتسجيل إشارات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية ، وذلك بدون رسم ، وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من هذه الحقوق . ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة . وفى هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الوراثة (١) » .

ويتبين من هذا النص أن انتقال ملكية أموال التركة إلى الوراثة لا يتوقف على شهر حق الإرث كما يتوقف انتقال ملكية العقار المبيع إلى المشتري على

= توفير كثير من الجهد والمال ، بينما يتحقق غرض المشرع فى ضبط جميع تصرفات الملكية توطئة لتنفيذ نظام السجل العيني . وتظهر قيمة إجراء شهر حق الإرث إذا ما علمنا أنه المورث قلما يطلع الوراثة على حقيقة أملاكه العقارية أو يتركهم فى أعماله ليملأوا مدء حقوقهم ومقاديرها الصحيحة . فإذا ما التجأ الوراثة إلى إجراء شهر حق الإرث ، وجنوا فى الهيئة القائمة على أمر الشهر خبر عون لهم على ضبط حقيقة ملكيتهم العقارية » (محمود شوق فى الشهر العقارى علماً وعملات ص ٢٠٢ - ص ٢٠٣) .

وإذا ثبت حق الإرث لوارث قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ ، وقام اختياراً بشهر هذا الحق ، فإنه يصعب القول بأن دائن التركة ، حتى يحتفظ بحق التمتع وحق التقدم ، يتعين عليه أن يؤشر بحقه على هامش تسجيل حق الإرث . فدائن التركة التى فتحت قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ كان له حق التمتع وحق التقدم . دون إجراء أى شهر الدين الذى له طبقاً للأحكام التى كان معمولاً بها قبل قانون أشهر العقارى . فمن حقه أن يطمئن إلى هذا المركز الذى كسبه ، ولا يلزمه أن يتكلف البحث فى مكاتب الشهر المختلفة التى توجد فيها عقارات التركة ليرى هل شهر الوارث حق إرثه ليؤشر هو بحقه . مادامت تركة مورثه قد فتحت قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ (أنظر عكس ذلك محمد على عرفة ٢ فقره ٣٨٤) .

(١) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والوثيق (م ١١/٢ من المشروع) ، فيما عدا الإيضاح الوارد فى الفقرة الأولى من المادة ١١ من المشروع وقد سبق بيانه (أنظر آنفاً ص ١٩٥ هامش ١)

ونص المادة ٢٢٩ من قانون الملكية العقارية اللبناني على ما يأتى : « يكتسب الوارث بطريق الوراثة العقارات الواقعة على التركة . غير أنه لا يمكنه التصرف فيها تجاه الغير إلا بعد تسجيلها فى السجل العقارى » .

شهر عقد البيع ، بل إن أموال التركة تنتقل ملكيتها إلى الورثة بمجرد وفاة المورث كما سبق القول . ولكن الوارث إذا تصرف في عقارات التركة قبل شهر حق الإرث ، لا يجوز شهر تصرفه هذا كما سرى .

ويجوز أن يقوم بشهر حق الإرث كل ذى شأن . وأول ذوى الشأن في هذا هم الورثة ، فيجوز لأى وارث ، أو لمن يقوم مقام الوارث كالوكيل والولى والوصى والقيم ، أن يقوم بهذا الشهر . ويعتبر ذا شأن ، فيجوز له أن يقوم بالشهر ، دائن التركة والموصى له ومن تصرف له الوارث ومصطفى التركة . أما الدائن فيشهر حق الإرث حتى يتمكن من أن يؤثر على هامش التسجيل بحقه . فيكون له حق التبع وحق التقدم في عقارات التركة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم . وأما الموصى له فيستطيع أيضاً أن يقوم بشهر حق الإرث إذا كان دائناً للتركة ، وشأنه في ذلك هو شأن الدائن^(١) . وأما من تصرف له الوارث فانه لما كان لا يستطيع شهر التصرف الصادر له من الوارث إلا بعد شهر حق الإرث ، لذلك تكون له مصلحة في شهر هذا الحق وله أن يقوم به . ولمصطفى التركة أن يقوم بشهر حق الإرث لأنه يتوب عن الورثة . وهو بشهره حق الإرث يحمل الدائنين العاديين للتركة على أن يؤثروا بحقوقهم على هامش التسجيل ، فيكون هذا الشهر هو إحدى الوسائل للكشف عن هؤلاء الدائنين .

والحرر الذى يسجل هو السند المثبت لحق الإرث . ويعتبر سنداً مثبتاً لحق الإرث إعلام الورثة . والحكم النهائى الصادر بثبوت هذا الحق فيما إذا قام نزاع بين الورثة واستصدر كلهم أو بعضهم حكماً نهائياً بثبوت حقهم في الإرث . وشهادة الإرث التى تعطيها المحكمة للوارث فيما إذا خضعت التركة للتصفية الجماعية على النحو الذى سبق بيانه . وإذا اشتملت التركة على عقارات ، وجب أيضاً أن يسجل . إلى جانب السند المثبت لحق الإرث قوائم جرد التركة بما تشتمل عليه من بيانات عن هذه العقارات .

(١) والموصى له بسهم شائع في التركة ، كربع التركة أوثلثها ، يجوز له أيضاً شهر حق الإرث ويشهر في الوقت ذاته الوصية الصادرة له بالسهم الشائع . ويجوز أن يشهر حق الإرث الموصى له بنصيب وارث معين أو بنصيب وارث غير معين (٢٠ م - ٢٢ م من قانون الوصية) . أنظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٦٦ .

ولا يدفع رسم عن شهر حق الإرث ، وذلك حثا للورثة على القيام بهذا الشهر^(١) . على أن ذلك لا يعنى طالب شهر حق الإرث من دفع الرسوم الفرعية وهى رسوم التصوير ورسوم الحفظ^(٢) ، لأن كلا من التصوير والحفظ تقوم به الهيئة التى تباشر عمليات الشهر لمصلحة الورثة أنفسهم فهى فى مقابل خدمات أدت لهم ، وهى بعد رسوم ضئيلة لإرهاق فيها .

وجزاء عدم شهر حق الإرث ليس هو عدم انتقال ملكية العقارات إلى الورثة ، وإلا بقيت هذه العقارات دون مالك فى الفترة ما بين موت المورث وشهر حق الإرث . فلكية عقارات التركة إلى الورثة ، كما تنتقل ملكية منقولاتها ، بمجرد وفاة المورث كما قدمنا . ولكن إذا تصرف الوارث فى عقار للتركة قبل شهر حق الإرث : كأن باعه أو أقره أو أجرى القسمة فيه ، فإن تصرفه هذا لا يجوز شهره : ويجب على الهيئة التى تقوم على أعمال الشهر أن تمتنع عن شهر هذا التصرف حتى يتم شهر حق الإرث . والجزاء على هذا النحو غير كاف ، فكثير من الورثة يتلقون عقارات التركة ويتملكونها بمجرد وفاة مورثهم ، ولا يعينهم بعد ذلك أن يشهروا حق الإرث ما داموا يستبقون هذه العقارات فى أيديهم ولا يتصرفون فيها .

ولما كان الشهر يتم فى مكاتب الشهر التى تقع فى دوائرها عقارات التركة ، فمن الجائز أن يتم هذا الشهر بالنسبة إلى عقار واحد أو بعض عقارات التركة دون باقى العقارات فى مكتب الشهر الذى يقع فى دائرته هذا العقار أو هذه العقارات . ونقول الفقرة الأخيرة من المادة ١٣ من قانون الشهر

(١) أما المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق ، فقد نصت الفقرتان الأخيرتان (٣ ، ٤) من المادة ١١ منه على ما يأتى : « ويكون شهر حق الإرث فى خلال خمس سنوات من تاريخ وفاة المورث بدون رسم ، أما بعد ذلك فلا يقبل الشهر إلا بعد أداء الرسم المقرر على نقل الملكية أو الحق العيني . وتبدأ مدة الخمس سنوات بالنسبة لحقوق الأثر النافعة من تاريخ العمل بهذا القانون » .

وهذا النص فى المشروع الجديد للقانون الشهر العقارى والتوثيق يعنى مع نص المادة ٣٠ من قانون السجل العيني (أنظر ما يلى فقرة ٧١) .

(٢) ومنذ البس صدر القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٤٨ يضيف فقرة أخيرة إلى المادة الثانية من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٤٤ بشأن رسوم التسجيل ورسوم الحفظ ، وهذا نصها : « كما تحصل رسوم الحفظ ورسوم التصوير على المحررات المتعلقة بشهر حق الإرث » .

العقارى ، كما رأينا ، فى هذا الصدد : « ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة ، وفى هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة » . فلو أن التركة لها ورثة ثلاثة لكل منهم الثلث ، وقصر شهر حق الإرث على العقار أو العقارات الواقعة فى دائرة اختصاص أحد مكاتب الشهر دون العقارات الأخرى ، وأراد أحد الورثة أن يتصرف فى هذا العقار أو العقارات ، اعتبرت العقارات التى تم الشهر فى شأنها وحدة يبنى على أساسها تصرف الوارث . ولما كان الوارث لا يملك فى التركة إلا الثلث . فهو لا يستطيع أن يتصرف إلا فى حدود هذا الثلث ، على اعتبار أن العقارات التى تم فى شأنها الشهر هى كل التركة . وذلك حتى لو ثبت أن هذه العقارات لا تتجاوز ثلث التركة ، وأن التركة لو قسمت بين الورثة لصح أن تقع كل العقارات التى تصرف فيها الوارث فى نصيبه .

٧٠ - إجراءات شهر من الإرث طبقا لقانونه تنظيم الشهر العقارى :

تبين المواد ٤٨ - ٥٢ من قانون تنظيم الشهر العقارى الإجراءات الواجب اتباعها فى شهر حق الإرث . وتتلخص هذه الإجراءات فيما يأتى :

أولاً - طلب شهر من الإرث : يقع هذا الطلب الوارث طالب الشهر (وفى حالة تعدد الورثة يكتفى توقيع أحدهم عن جميع التركة أو عن جزء منها) ، أو من يقوم مقامه من وكيل أو ولى أو وصى أو قيم ، أو أى ذى شأن ، كدائن التركة ، أو الموصى له ، أو من تلقى حقا حينا عقاريا من الوارث كالمشتري أو الدائن المرتهن ، أو مصفى التركة . ويشتمل الطلب على بيانات خاصة بالمورث وهى اسمه ولقبه واسم أبيه وجده لأبيه وصناعته وديانته وجنسيته (١) ومحل إقامته وتاريخ ومحل وفاته (٢) ،

(١) وذلك حتى يمكن ، إذا ما ذكرت الديانة والجنسية ، معرفة الجهة المختصة بالفصل فى مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالمورث ومنها تركته ، وكذلك يمكن الوقوف على القانون الواجب التطبيق فى تعيين الورثة وأنصباهم .

(٢) وذلك لتحديد مكان افتتاح التركة وتعيين القانون الواجب التطبيق إذا ما توفى مصرى فى بلد أجنبى ، أو أجنبى فى مصر ، أو أجنبى فى بلد أو فى بلد آخر ، وكان المتوفى يملك عقارات فى مصر تخضع لقانون الشهر العقارى .

وبيانات خاصة بالورثة وهي أملاكهم والقابض وسنهم وجنسياتهم ومحال إقامتهم وأسماء آبائهم وأجدادهم لأبائهم ، وبيانات خاصة بالعقار أو العقارات التي تشمل عليها التركة وذلك بوصفها وصفا دقيقا وتعيين حدودها ومساحتها مع ذكر البيانات الخاصة بما على العقار من حقوق عينية كحق ارتفاق أو حق رهن والبيانات الخاصة بالتكليف وبأصل ملكية المورث ، وبيانات خاصة برسم الأيلولة بأن يذكر المبلغ المستحق لمصلحة الضرائب وما دفع منه وما بقي في ذمة الورثة . ويقدم الطلب إلى مأمورية الشهر التي تقع العقارات في دائرتها ، فإذا كانت عقارات التركة تقع في دائرة اختصاص أكثر من مأمورية قدم طلب مستقل لكل مأمورية عن العقار أو العقارات الواقعة في دائرة اختصاصها . ويخضع طلب شهر حق الإرث للشروط التي تخضع لها طلبات الشهر بوجه عام ، من حيث التقديم والمدة والأسبقية بالنسبة إلى ما عداها من الطلبات .

ثانيا - المستندات التي ترفع بطلب شهر حق الإرث : ويجب أن يرفق بطلب شهر حق الإرث المستندات المؤيدة لما جاء فيه ، وهذه المستندات هي : (١) إعلام الوراثة أو الحكم النهائي الصادر بثبوت حق الإرث أو أي سند آخر مثبت لحق الإرث كسند الإرث الذي تسلمه المحكمة للوارث عقب انتهاء التصفية الجماعية للتركة . (٢) ما يثبت صفة من يقوم مقام الطالب إن كان يقوم مقامه أحد ، كقرار الوصاية أو القوامة والتوكيل . وإذا وكل الوارث شخصا في إجراء شهر حق الإرث ، وجب أن تكون الوكالة وكالة خاصة ، لأن شهر حق الإرث يمكن الوارث من التصرف في عقارات التركة فيلحق بأعمال التصرف ، والتوكيل في أعمال التصرف يجب أن يكون توكيلا خاصا . وإذا وكل الوارث غيره في بيع نصيبه في التركة ، كان التوكيل الخاص في البيع توكيلا ضمنيا في شهر حق الإرث ، لأن الوكيل لا يتمكن من البيع إلا إذا أجرى هذا الشهر ، فشهري حق الإرث لإجراء من إجراءات البيع (١) . (٣) كشوف رسمية

عن عقارات المورث مستخرجه من دفاتر التكاليف وعوائد المباني، وذلك للثبوت من أن العقارات الميئة في الطاب ، سواء كانت أرضا زراعية أو مباني ، هي بذاتها التي كان المورث يملكها حال حياته وظلت على ملكه إلى يوم وفاته، لإمكان مطابقتها على مستندات ملكيته . (٤) مستندات ملكية المورث ، لأن شهر حق الإرث يتوقف على مدى صلاحية هذه المستندات لإثبات ملكية المورث . ومستندات الملكية هي نفس ما أوجب المشرع تقديمه عند بحث طلب الشهر بوجه عام (م ٢٢ سادسا من قانون الشهر العقاري) ، وقد حددت المادة ٢٣ من قانون الشهر العقاري على سبيل الحصر المحررات التي تقبل مستندات للملكية في الشهر بوجه عام . فإذا تعذر على طالب شهر حق الإرث تقديم هذه المحررات لأنه قد يكون دائنا للتركة أو موصى له أو وارثا لا يتمكن من الحصول على هذه المحررات ، جاز الإكتفاء بكشوف رسمية من دفاتر التكاليف ابتداء من سنة ١٩٢٣ لغاية تاريخ الوفاة . وقد أجاز المشرع على هذا النحو إثبات ملكية المورث لعقارات التركة ، إذا كان سند ملكيته لها هو وضع اليد عليها ابتداء من سنة ١٩٢٣ لغاية تاريخ الوفاة . وليس هذا مبتدأ على التقادم المكسب للملكية (١) ، بل هو مبني على أن القانون يفترض أن المورث تلقى حق الملكية قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ بعقد غير مسجل وفي وقت كانت الملكية فيه تنتقل بمجرد التراضي ، ولا يستطيع طالب الشهر تقديم هذا العقد غير المسجل فاكفى القانون في إثباته بآليات أن العقارات كانت مكلفة باسم المورث قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ واستمرت كذلك إلى تاريخ الوفاة ، أي أن المورث كان واضعا اليد عليها طوال هذه المدة (٢) .

(١) يدل على ذلك أن مدة وضع يد المورث على عقارات التركة من سنة ١٩٢٣ إلى تاريخ الوفاة قد تكون في بعض الفروض أكثر من خمس عشرة سنة ، وفي فروض أخرى أقل . فإذا كان تاريخ وفاة المورث هو سنة ١٩٦٠ ، وجب أن تقدم كشوف التكاليف عن ٣٨ سنة ، أي من سنة ١٩٢٣ إلى سنة ١٩٦٠ . وإذا كان تاريخ الوفاة هو سنة ١٩٣٢ ، وأراد الورثة باختيارهم شهر حق الإرث بعد سنة ١٩٤٧ ، وجب أن يقدموا كشوف التكاليف عن عشر سنوات فقط ، أي من سنة ١٩٢٣ إلى سنة ١٩٣٢ (محمود شوق في الشهر العقاري طبعا وملا ص ٤١٣) .

(٢) محمود شوق في الشهر العقاري طبعا وملا ص ٤١٣ - ص ٤١٤ .

وإذا كان أصل ملكية المورث هو الميراث ، وجب أن يقرن الطلب بالسند المثبت لهذا الميراث كاعلام شرعى أو حكم . (٥) شهادة من مصلحة الضرائب برسم الأيلولة المستحق وما دفع منه (١) . فقد يحدث أن أحد الورثة هو الذى يقوم بشهر حق الإرث ، ويسدد الضريبة المستحقة عليه بالنسبة إلى نصيبه فى التركة ، فتسلمه مصلحة الضرائب شهادة بذلك . وفى هذه الحالة يشهر حق الإرث ، مع التأشير على الشهر بأنه غير صالح إلا فيما يتعلق بالوارث الذى قدم ما يفيد دفعه للضريبة . فإذا ما أراد وارث آخر أن يتصرف ، مستفيدا فى ذلك من قيام الوارث الأول بشهر حق الإرث ، كلفه المكتب المختص بتقديم ما يفيد دفع باقى الضريبة أو على الأقل دفع الجزء من الضريبة المستحق عليه (٢) .

ثالثاً - عملية الشهر : فإذا تقدم طلب الشهر مع المستندات المشار إليها ، بحيث الطلب وأشر عليه بالقبول للشهر طبقا للإجراءات المتبعة فى بحث طلبات الشهر بوجه عام . وعند ذلك يقوم طالب الشهر بتحرير قائمة بمجرد عقارات التركة المطلوب إجراء الشهر عنها ، ويقدم للأمورية المختصة هذه القائمة ومعها صورة طلب الشهر المؤشر عليه بالقبول للشهر والمستندات السابق تقديمها مع الطلب فتؤشر الأمورية على قائمة الجرد وعلى السند المثبت لحق الإرث بما يفيد صلاحيتها للشهر ، بعد التثبت من اشتغال قائمة الجرد على جميع البيانات الموضحة فى صورة الطلب المؤشر عليه بالقبول للشهر . فسند الإرث وقائمة الجرد هما اللذان يشهران بعد كتابتهما على الورق الأزرق الخاص ، أما المستندات فترفق على اعتبار أنها مويدة للشهر ، وتكون جزءا متماهه . وإذا تسلم الطالب سند الإرث والقائمة مؤشرا عليها بالصلاحية للشهر ، قدم القائمة إلى مكتب التوثيق للتصديق على توقيعه فيها . ثم يقدم سند الإرث والقائمة المصدق على التوقيع فيها إلى مكتب الشهر المختص لإجراء عملية الشهر النهائى ، طبقا لأحكام المادتين ٣١ و ٣٢ من قانون الشهر العقارى .

(١) وقد نفذ قانون الضريبة على التركات ابتداء من ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٤ ، فإذا كان المورث قد مات قبل هذا التاريخ لم تطلب هذه الشهادة لأن التركة لا تكون خاضعة للضريبة .

(٢) محمود شوقى فى الشهر العقارى علماً ومعللاً ص ٤١٥ - ص ٤١٦ .

٧١ - شهر من الإرث في قانونه السجل العيني : وقد قدمنا (١)

أنه صدر بعد قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ قانون قانون السجل العيني رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ . وسرى عند الكلام فى العقد كسب لكسب الملكية أن قانون السجل العيني لا يطبق إلا فى الأقسام المساحية التى يصدر بتعيينها قرار من وزير العدل ، وأن قانون تنظيم الشهر العقارى يستمر العمل به فى المناطق التى لا يطبق نظام السجل العيني بها . ولما كان لم يصدر إلى اليوم قرار بتعيين أى قسم مساحى يسرى عليه نظام السجل العيني ، فان قانون تنظيم الشهر العقارى لا يزال هو القانون المعمول به فى جميع أنحاء البلاد . وقد بسطنا أحكامه فيها تقدم بالنسبة إلى شهر حق الإرث .

ونورد هنا النص الخاص بشهر حق الإرث فى قانون السجل العيني ، فقد نصت المادة ٣٠ من هذا القانون على ما يأتى : « يجب قيد حق الإرث ، إذا اشتملت التركة على حقوق عينية عقارية ، بقيد السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة التى يجب أن تتضمن نصيب كل وارث ، وإلى أن يتم هذا القيد لا يجوز للوارث أن يتصرف فى حق من هذه الحقوق . ويكون قيد حق الإرث فى خلال خمس سنوات من تاريخ وفاة المورث بدون رسم ، أما بعد ذلك فلا يقبل القيد إلا بعد أداء الرسم المفروض على نقل الملكية أو الحق العيني . وتبدأ مدة الخمس السنوات بالنسبة إلى حقوق الإرث القائمة من تاريخ نفاذ القرار المشار إليه فى المادة الثانية من قانون الإصدار . والقرار المشار إليه فى المادة الثانية من قانون الإصدار هو قرار وزير العدل بتعيين الأقسام المساحية التى يسرى عليها نظام السجل العيني ، ويحدد هذا القرار تاريخ سريانه على أن يكون هذا التاريخ لاحقاً لصدور القرار بمدة ستة أشهر على الأقل . فتبدأ إذن مدة سريان الخمس السنوات المشار إليها فى النص ، بالنسبة إلى حقوق الإرث القائمة ، من تاريخ سريان قرار وزير العدل على قسم من الأقسام المساحية يكون فيه المورث قد مات قبل سريان هذا القرار .

ويبدو أنه ، حتى في قانون السجل العيني ، تنتقل ملكية عقارات التركة إلى الوارث بمجرد وفاة المورث ، ولا يتوقف انتقال الملكية على قيد حق الإرث في السجل العيني . ذلك أن المادة ٣٠ من قانون السجل العيني سائلة الذكر تقول : « وإلى أن يتم هذا القيد لا يجوز لوارث أن يتصرف في حق من هذه الحقوق » . فجزاء عدم القيد إذن ليس هو عدم انتقال الحق إلى الوارث ، بل هو عدم جواز تصرف الوارث في هذا الحق بعد أن يكون قد انتقل إليه .

وتنص المادة ٤٦ من قانون السجل العيني على أن « تقدم طلبات القيد إلى مأمورية السجل العيني التي يقع العقار في دائرة اختصاصها ، وفقا للإجراءات والأوضاع المشار إليها باللائحة التنفيذية » . وهذه اللائحة التنفيذية ، يصدر بها قرار من وزير العدل ، وهذا القرار لم يصدر إلى اليوم .

وبمقارنة المادة ٣٠ من قانون السجل العيني سائلة الذكر بالمادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري المتعلقة بشهر حق الإرث والتي سبق ذكرها ، يتبين أن نظام شهر حق الإرث في قانون السجل العيني يقرب كثيرا من نظام شهر هذا الحق في قانون تنظيم الشهر العقاري ، وقد بحثنا تفصيلا هذا النظام الأخير . وأهم الفروق ما بين النظامين هو ما يأتي :

(١) جعل قانون الشهر العقاري جزاء عدم تسجيل حق الإرث هو عدم جواز شهر أى تصرف يصدر من الوارث في عقارات التركة ، فتصرف الوارث يكون إذن جائزا والذي لا يجوز هو شهر هذا التصرف . أما قانون السجل العيني فيجعل الجزاء هو عدم جواز التصرف في عقارات التركة ، فغير الجائز إذن هو التصرف ذاته لا مجرد شهر التصرف ، وهذا جزاء أشد . (٢) ينص قانون الشهر العقاري على أن شهر حق الإرث في أى وقت يكون بدون رسم ، في حين أن قانون السجل العيني يجعل فيها حق الإرث بدون رسم إذا تم هذا القيد في خلال خمس سنوات من تاريخ وفاة المورث ، أما بعد ذلك فلا يقبل القيد إلا بعد أداء الرسم المفروض على نقل الملكية أو الحق العيني ، وفي هذا حث للوارث على المبادرة إلى

قيد حق الإرث حتى لا يتراخى القيد إلى ما بعد الخمس السنوات فيضطر إلى دفع الرسم . (٣) أجاز قانون الشهر العقاري قصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة . وفي هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة ، وقد سبق بيان ذلك (١) . أما قانون السجل العيني فلم ينص على هذه الرخصة ، ويبدو أنه يتطلب أن يقيد الوارث حتى الإرث بالنسبة إلى جميع عقارات التركة ، وإلا لم يجوز التصرف في أي عقار منها ، حتى بالنسبة إلى نصيبه في هذا العقار وحتى لو قيد حق الإرث بالنسبة إلى هذا العقار . (٤) التسجيل في قانون الشهر العقاري ليست له حجة مطلقة ، أما القيد في السجل العيني فله هذه الحجة ، وقد نصت المادة ٣٧ من قانون السجل العيني في هذا الصدد على أن « يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه ، ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل » .

الفصل الثاني

الوصية

(Testament)

٧٢ - نص قانوني : تنص المادة ٩١٥ مدني على ما يأتي :

« تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها » (٢) .

(١) أنظر آنفاً ص ١٩٨ - ص ١٩٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٤٨ من المشروع التمهيدى ذي الوجه

الآق : « تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والنصوص التشريعية المستمدة منها ، وذلك فيما لم يرد بشأنه أحكام خاصة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٨٦ في المشروع النهائي ، بعد حذف العبارة الأخيرة وهي « وذلك فيما لم يرد بشأنه أحكام خاصة » . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٨٤ . وفي لجنة مجلس الشيوخ استفيض عن عبارة « النصوص التشريعية المستمدة منها » بعبارة « والقوانين الصادرة في شأنها » ، لأن المراد هو التشريعات التي تصدر في شأن الوصية ، وأصبح رقم المادة ٩١٥ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلت به لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٣ - ص ٢٩٥) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن هذا التقنين كان يشتمل على نص (م ٥٥ فترة أولى / ٧٨ فترة أولى) يعرض لأحكام القانون الدولي الخاص في الوصية ، ويقرر أن القانون الواجب التطبيق في هذه المسألة هو قانون الدولة التي ينتمى إليها الموصي بجنسيته ^(١) .

ويقابل النص التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٧٦ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩١٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٠٨ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٢٨ وم ٢٣١ ^(٢)

(١) التقنين المدني السابق م فترة أول / ٧٨ فترة أول : وكذلك تراعى في ألية الموصي لسل الوصية وفي صيغتها الأحكام المقررة لذلك في الأحوال المختصة بالملة (قانون الدولة) التابع لها الموصي .

ويتبين من هذا النص أن المعنى المقصود هو أن الوصية تسرى عليها أحكام قانون الدولة التي ينتمى إليها الموصي بجنسيته ، فنكون في صدد قاعدة من قواعد الإسناد تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص لا في نطاق القانون الداخلي . ويكون المقابل لهذا النص هو المادة ١/١٧ من التقنين المدني الجديد وتجري على الوجه الآتي : « يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، قانون الموت أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته » . وقد صدر القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ يبدل نص المادة ٥٥ مدني أهل بما يجعله واضحاً في هذا المعنى ، وصدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ينص على أن « قانون الوصية وأحكام الشريعة الإسلامية هي قانون البلد فيما يتعلق بالوصايا بقسرى على المسلمين وغير المسلمين » (أنظر أنفاً ص ٧٥ هاش ١ - محمد كامل مرسى ٥ فترة ٧) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٨٧٦ : ١ - يكسب الموصي له بطريق الوصية المال الموصى به . ٢ - وتجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة ، ولا تنفذ فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة . ٣ - لا يمنح الأجنبي حق الاستفادة من الوصية العقارية إلا إذا كانت قوانين بلاده تمنح مثل ذلك السوريين . التقنين المدني الليبي م ٩١٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٠٨ : ١ - يكسب الموصي له بطريق الوصية المال الموصى به . ٢ - وتجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة ، ولا تنفذ فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٢٨ : يكتسب حق التقيّد في السجل العقاري بالطرق الآتية : (١) . . . (٢) بالهبة بين الأحياء وبالوصية . (٣) م ٢٣١ : لا يكون للأجنبي حق بالإرث أو بالوصية في التركة العقارية إلا إذا كانت قوانين بلاده تبادل السوريين والبنانيين هذا الحق . وتختص تركة الأجنبي العقارية بالإرث أو بالوصية لأحكام قوانين بلاده .

ويبين من النص سالف الذكر أنه يقرر مبدأ عاما جوهريا ، هو أن تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها . ويستوى في ذلك وصية المسلم ووصية غير المسلم ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أما المشروع فقد أحال على الشريعة الإسلامية كل الأحكام الموضوعية للوصية . وقد أصبحت الشريعة الإسلامية بذلك هى التى تنطبق من حيث الموضوع على وصايا المصريين ، مسلمين كانوا أو غير مسلمين (١) » .

ثم تقول المذكرة الإيضاحية أيضا : « وعرض المشروع لمسألتين فى الوصية على جانب كبير من الأهمية : المسألة الأولى التصرف الصادر فى مرض الموت ، وقد اعتبر كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية . والمسألة الثانية التصرف الصادر لأحد الورثة من مورث يحتفظ بحيازة العين وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، وقد جعل هذا التصرف تسرى عليه هو أيضا أحكام الوصية (٢) » . والمسألتان المشار إليهما فى المذكرة الإيضاحية يحققان حماية الورثة من الوصايا المستترة .

ثم إن قانون تنظيم الشهر العقارى ، ومن بعده قانون السجل العيني ، عالج كل منها نقضا خطيرا كان فى قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ ، فأصبح الآن واجبا شهر الوصية حتى تنتقل ملكية العقار الموصى به إلى الموصى سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين ذوى الشأن .

ويخلص مما تقدم أن المسائل التى يجب بحثها فى الوصية هى : (١) تطبيق أحكام الشريعة فى الوصية . (٢) حماية الورثة من الوصايا المستترة . (٣) شهر الوصية .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٢ - وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا هو المادة ١٣٤٩ منه يجرى على الوجه الآتى : « وتسرى على الوصية ، من حيث الشكل ومن حيث الجزاء الذى يترتب على مخالفتها ، الأحكام الخاصة التى توضع لذلك » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، إذ أن قانون الوصية يشمل على أحكامها من حيث الشكل ومن حيث الموضوع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٣ فى الماشر) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٢ .

المبحث الأول

تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الوصية

٧٣- قانون الوصية المحترم من الشريعة الإسلامية هو الذى يسرى

على الوصية : كانت المحاكم الشرعية تطبق فى الوصية أحكام المذهب الحنفى فى أرجح أقواله ، وكانت هذه الأحكام غير مقتنة . وقد قننت فى قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، كما قننت أحكام الميراث فى قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، ولفس الأسباب (١) . وصار هذا القانون هو الذى يسرى على الوصية ، ويستوى فى ذلك وصايا المسلمين وغير المسلمين من المصريين . فوصية غير المسلم من المصريين تسرى عليها أحكام الشريعة الإسلامية قبل أن تقنن ، ثم قانون الوصية بعد تقنين هذه الأحكام ، وقد استقر القضاء على ذلك حتى قبل صدور قانون الوصية (٢) .

ويشتمل قانون الوصية على بابين : (الباب الأول) فى أحكام عامة ، وينتظم فصولا ثلاثة : الفصل الأول فى تعريف الوصية وركنها وشرائطها ، والفصل الثانى فى الرجوع عن الوصية ، والفصل الثالث فى قبول الوصية

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٣ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٤ - وقد قننت محكمة النقض بأن وصية غير المسلم ، كوصية المسلم ، لاتصح إلا لموجود حقيقة أو حكماً ، ولا تجوز بأكثر من الثلث ، ولا تجوز لوارث إلا باجازه باقى الورثة (نقض مدنى ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢٠٠ ص ٤٥٤) . وقننت أيضاً بأن الموارث عموماً ، ومنها الوصية ، هى وحدة واحدة ، وتسرى الأحكام المتعلقة بها على جميع المصريين ، مسلمين كانوا أو غير مسلمين ، وفق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة القائمة (نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٧ ص ٧٤) .

وقد تدخل المشرع فى الأمر ، بعد صدور هذا الحكم الأخير ، فأصدر فى سنة ١٩٤٤ القانونين رقم ٢٥ ورقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ اللذين سبقت الإشارة إليهما (أنظر آنفاً ص ٢٠٦ هاشم ١) ، فنص فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ على أن « قانون الوصية وأحكام الشريعة الإسلامية هى قانون البلد فيما يتعلق بالوصايا فتسرى على المسلمين وغير المسلمين » . وعُدل بالقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ المادتين ٥٤ و ٥٥ مدنى وطنى قديم فاستبدل بعبارة « الأحوال الشخصية المختصة بالبلد » عبارة « قانون البلد » .

وردها . (والباب الثاني) في أحكام الوصية ، وينتظم فصولا سبعة :
 الفصل الأول في الموصى له ، والفصل الثاني في الموصى به ، والفصل
 الثالث في الوصية بالمنافع ، والفصل الرابع في الوصية بالمراتب ، والفصل
 الخامس في أحكام الزيادة في الموصى به ، والفصل السادس في الوصية
 الواجبة ، والفصل السابع في تراحم الوصايا .

ولا نعرض لشرح ما اشتملت عليه هذه الأبواب والفصول من الأحكام ،
 فهي من مباحث الفقه الإسلامى . ولكننا نستعرض هنا في إيجاز تام ، كما
 استعرضنا في الميراث ، الأحكام الرئيسية التي اشتمل عليها قانون الوصية .
 فنعرض للمسائل الآتية : (١) شكل الوصية وشروط صحتها (م ١٧ - ١٨ من
 قانون الوصية) . (٢) رجوع الموصى عن الوصية (م ١٨ - ١٩ من قانون
 الوصية) . (٣) قبول الموصى له للوصية ورده إياها (م ٢٠ - ٢٥ من قانون
 الوصية) . (٤) الموصى له (م ٢٦ - ٣٦ من قانون الوصية) . (٥) الموصى
 به (م ٣٧ - ٧٥ من قانون الوصية) . (٦) الوصية الواجبة (م ٧٦ - ٧٩
 من قانون الوصية) .

٧٤ - شكل الوصية وشروط صحتها : تنص المادة الأولى من قانون
 الوصية على أن « الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت » .
 ونرى من ذلك أن الوصية استثناء من الحكم القاضى ببطلاق التعامل في التركة
 المستقبل ، إذ هي تعامل من الموصى في تركته المستقبل بآرائه المنفردة ، وقد
 أجازت استثناء بموجب أحكام الشريعة الإسلامية .

وتعرض المادة الثانية من قانون الوصية لصيغة الوصية وشكلها ، فتنص
 على أن « تنقذ الوصية بالعبارة أو بالكتابة ، فإذا كان الموصى عاجزا عنهما
 انعقدت الوصية بإشارته المفهومة . ولا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية
 أو الرجوع القول عنها : بعد وفاة الموصى ، في الحوادث السابقة على سنة
 ١٩١١ الإفرنجية ، إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبه التصنع تدل على
 صحة الدعوى . وأما الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ الإفرنجية فلا تسمع
 فيها دعوى ما ذكر ، بعد وفاة الموصى ، إلا إذا وجدت أوراق رسمية
 أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر ،

أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصى عليها ،
والذي يعنينا من هذا النص هو شكل الوصية ، وقد جعل القانون الحزاء على
الإخلال به هو عدم سماع الدعوى كما هو المألوف في أحكام الشريعة الإسلامية .

ويعتبر من النص أن الوصية ، منذ سنة ١٩١١ ، يجب أن تتخذ أحد
أشكال ثلاثة : (١) تحرر بها ورقة رسمية . (٢) تحرر بها ورقة عرفية يصدق
فيها على إمضاء الموصى أو ختمه . (٣) تحرر بها ورقة عرفية مكتوبة جميعها
بخط الموصى وموقع عليها بإمضائه (١) .

وهناك شروط لصحة الوصية ، بعضها في الموصى وبعضها في الموصى له
وبعضها في الموصى به . فيشترط في الموصى أن يكون أهلاً للتبرع ، على

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد قرر أن مورثة الطاعنين
تتسكك في دفاعها بأن المهرر إن لم يكن اشتهاراً بوقف فهو وصية ، ورد على هذا الدفاع
بأن « المادة الثانية من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ تشترط في الوصية أن يصدر بها
إشهاد رسمى أو يحرر بها عقد عرقي يصدق فيه على إمضاء الموصى بخطه وموقع عليها بإمضائه ،
فالذا لم تتم الوصية على هذا الوجه كانت باطلة ، ولم يتحقق شيء من ذلك ، ولم تقدم المدعية
بما يدل على وجود وصية » ، فان الحكم يكون قد خالف ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من
المادة الثانية من قانون الوصية بقولها : « . . . إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة
جميعها بخط المتوفى وعليها إمضائه كذلك تدل على ما ذكر ، أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع
عنها مصدقا على توقيع الموصى عليها » . وقد تحجب هذه المخالفة عن مواجهة دفاع الطاعنين
من أن المهرر المتنازع عليه مكتوب جميعه بخط المتوفى وعليه إمضائه وتحقيقه ، وهو دفاع
جوهرى من شأنه لو صح أن يتخير به وجه الرأى في الدعوى (نقض مدنى ٢٠ مارس سنة
١٩٦٣ بمجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٥٠ ص ٣٢٧) . وقد قضت محكمة النقض أيضاً
بأنه لا يمكن أن يوقع الموصى على الوصية بختمه وبمسة إبهامه ويضمها في منظوف مفلق
ويورد المنظوف بمكتب التوثيق (نقض مدنى ٢٠ أبريل سنة ١٩٦٦ بمجموعة أحكام
النقض ١٧ رقم ١١٩ ص ٨٧٧) .

وشكل الوصية المنصوص عليه في القانون مطلوب لجواز سماع الدعوى بالوصية عند الإنكار ،
وليس ركناً في الوصية ، فلما أقرت الورثة بالوصية أو وجهت إليهم اليمين فنكروا سمعت
الدعوى وقضى بالوصية . وعلى ذلك لا تكون الوصية تصرفاً شكلياً ، والكتابة المطلوبة ، على
مختلف أنواعها ، ليست إلا لجواز سماع الدعوى لا لانعقاد الوصية ، فهي وحدها الأدلة
التي لا يقبل غيرها في الإثبات . وقد نصت المادة الثانية من قانون الوصية ، كما رأينا ، على أن
« تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة ، فإذا كان الموصى عاجزاً عنها انعدمت الوصية بأشارته
المفهمة » .

أنه إذا كان محجورا عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة جازت وصيته باذن المحكمة . ويشترط فى الموصى له أن يكون معلوما ، وأن يكون موجودا عند الوصية إن كان معينا ، فإن لم يكن معينا كالوصية لأولاد فلان فلا يشترط أن يكون موجودا عند الوصية ولا وقت موت الموصى (١) . وتصح الوصية مع اختلاف الدين والملة ، وتصح مع اختلاف الدارين ما لم يكن الموصى تابعا لبلد إسلامى والموصى له غير مسلم تابع لبلد غير إسلامى تمنع شريعته من الوصية لمثل الموصى . ويشترط فى الموصى به أن يكون مما يجرى فيه الإرث أو يصح أن يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصى : وأن يكون متقوما عند الموصى إن كان مالا ، وأن يكون موجودا عند الوصية فى ملك الموصى إن كان معينا بالذات (٢) . وتصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه . وتكون لازمة بوفاة الموصى ، فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية (٣) . وتبطل الوصية نجون الموصى جنونا مطبقا إذا اتصل بالموت (٤) ، وبموت الموصى له

(١) وتصح الوصية لأماكن العبادة والمؤسسات الخيرية وغيرها من جهات البر والمؤسسات العلمية والمصالح العامة ، وتصرف على عمارتها ومصالحها وفقرائها وغير ذلك من شؤونها ما لم يمتنع المصرف بمرف أو دلالة ، وتصح الوصية لله تعالى ولأعمال البر بدون تعيين جهة وتصرف فى وجوه الخير (م ٧ من قانون الوصية) . وتصح الوصية لجهة معينة من جهات البر متوجدا مستقبلا ، فإن تعذر وجودها بطلت الوصية (م ٨ من قانون الوصية) .

(٢) وإذا غير الموصى معالم العين الموصى بها أو زاد فى عمارتها شيئا لا يستقل بنفسه كالمرمة والتجصيص ، كانت العين كلها وصية . وإن كانت الزيادة مما يستقل بنفسه كالغراس والبناء ، شارك الورثة الموصى له فى كل العين بقيمة الزيادة قائمة . وإذا هدم الموصى العين الموصى بها وأعاد بناءها على حالها الأولى ولو مع تغيير معالمها ، كانت العين بحالتها الجديدة وصية . وإن أعاد البناء على وجه آخر ، اشترك الورثة بقيمة مع الموصى له فى جميع العين . وإذا جعل الموصى من بناء العين الموصى بها ومن بناء عين مملوكة له وحدة لا يمكن معها تسليم الموصى به منفردا ، اشترك الموصى له مع الورثة بقدر قيمة وصيته . أنظر فى كل ذلك المواد ٧١ و ٧٢ و ٧٥ من قانون الوصية .

(٣) م ١٣ من قانون الوصية ، وهذا هو قسمه المورث التى سبق بيانها (أنظر آنفاً فقرة ٦٦ - فقرة ٦٧) .

(٤) فقد كان يمكن الموصى الرجوع عن الوصية لولا الجنون المطبق المتصل ، فمراجعة لحقه أبطلت الوصية (المذكورة الإيضاحية لقانون الوصية)

قبل موت الموصى ، وبهلاك الموصى به إذا كان معيناً وهلك قبل قبول الموصى له . ولا تبطل بالحجر على الموصى للشفة أو الغفلة^(١)

٧٥ - رجوع الموصى عن الوصية : ويجوز للموصى الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها ، صراحة أو دلالة . ويعتبر رجوعاً عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها ، ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصى عن الموصى به^(٢) .

ولا يعتبر رجوعاً عن الوصية جردها (إنكارها) ، ولا إزالة بناء العين الموصى بها ، ولا الفعل الذى يزيل اسم الموصى به أو يغير معظم صفاته ، ولا الفعل الذى يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها ، كل ذلك إلا إذا دلت قرينة على أن الموصى يقصد به الرجوع عن الوصية .

٧٦ - قبول الموصى له للوصية وردها : ولا تلزم الوصية إلا بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى ، فإذا كان الموصى له جديناً أو قاصراً أو محجوراً عليه يكوّن قبول الوصية أو ردها ممن له الولاية على ماله بعد إذن المحكمة . ويكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانوناً ، فإن لم يكن لها من يمثلها لزمّت الوصية بدون توقف على القبول . وإذا قبل الموصى له بعض الوصية ورد البعض الآخر ، لزمّت الوصية فيما قبل وبطلت فيما رد . وإذا قبلها بعض الموصى لم يرددها الباقيون ، لزمّت بالنسبة إلى من قبلوا وبطلت بالنسبة إلى من ردوا . وإذا قبل الموصى له الوصية على النحو المتقدم : استحق الموصى به من وقت الموت^(٣) ، ما لم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق فى وقت معين بعد

(١) ويمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصى أو المورث عمداً ، سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصى وتنفيذه ، وذلك إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلًا بالغاً من العمر خمس عشرة سنة ، ويمنع من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى (م ١٧) من قانون الوصية .

(٢) ويعتبر تصرف الموصى فى الموصى به رجوعاً عن الوصية ، حتى لو كان هذا التصرف قابلاً للقسخ وقسح ، أو قابلاً للإبطال وأبطال ، أو كان باطلاً .

(٣) فالوصية إذن إرادة منفردة تصدر من الموصى ، وليست بعقد بين الموصى والموصى له ، وإلا لاستحق الموصى له الموصى به من وقت القبول لا من وقت موت الموصى .

الموت . وتكون زوائد الموصى به بعد وفاة الموصى ، من وقت وفاة الموصى إلى وقت قبول الوصية ، ملكا للموصى له لأنها نماء ملكه ، ولا تعتبر وصية فلا تدخل في حساب خروج الوصية من الثلث ، وعلى الموصى له نفقة الموصى به في تلك المدة .

وإذا رد الموصى له الوصية كلها أو بعضها بعد وفاة الموصى ، بطلت الوصية فيما رد ، أما الرد قبل وفاة الموصى فلا يبطل الوصية^(١) .

ولا يشترط في القبول ولا في الرد أن يكون فور موت الموصى . ومع ذلك تبطل الوصية إذا ابلى الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له ، باعلان رسمي مشتمل على بيان كاف ، عن الوصية وطلب منه قبولها أو ردها ، ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوما كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونية ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول . وإذا مات الموصى له قبل قبول الوصية أو ردها ، قام ورثته مقامه في ذلك^(٢) .

٧٧ - الموصى له : تصح الوصية للمعدوم ، وتصح الوصية بالمنافع لطبقتين ، وتصح الوصية لمن لا يحصون كطلبة الجامعة ويختص بها المحتاجون منهم^(٣) . وإذا كانت الوصية لمعينين ، فمن كان غير أهل للوصية منهم عند موت الموصى يعود نصيبه في الوصية إلى التركة . وتصح الوصية للحمل في الحالتين الآتين : (١) إذا أقر الموصى بوجود الحمل وقت الوصية ، وولد الحمل حيا لثلاثة وخمسة وستين يوما فأقل من وقت الوصية .

(١) وإذا رد الموصى الوصية بعد أن قبلها . وقبل منه ذلك أحد من الورثة : انفسخت الوصية ، وإن لم يقبل منه ذلك أحد منهم بطل رده (م ٢٤ من قانون الوصية) .

(٢) أما عند اخفئة فالذي ينتقل إلى ورثة الموصى له هو الشيء الموصى به ذاته ، لأن الوصية عندهم تتم بالإيجاب مع اليأس من أن يردها الموصى له ، فإذا مات الموصى له قبل أن يقبل أو يرد فقد تحقق اليأس من الرد ، واعتبر الموصى به ملكا للموصى له ودخل في تركته ، فينتقل مع سائر حقوق التركة إلى الوارث . وأما عند المالكية والشافعية والحنابلة فالذي ينتقل إلى ورثة الموصى له هو حق قبول الوصية ، إذ الوصية عندهم لا تتم إلا بقبولها من الموصى له بعد موت الموصى ، فإذا مات الموصى له قبل أن يقبل الوصية انتقل حق القبول أو الرد إلى ورثته ، وبهذا أخذ قانون الوصية . أنظر في ذلك مصادر الحق في الفقه الإسلامي المؤلف ٦٤ ص .

(٣) أنظر في كل ذلك المواد ٢٦ - ٣٠ من قانون الوصية .

(١) إذا لم يقر الموصى بوجود الحمل ، وولد الحمل حياً للماتين وسبعين يوماً فأقل من وقت الوصية : ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة فتصح الوصية إذا ولد الحمل حياً لثلاثمائة وخمسة وستين يوماً فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائنة . وإذا كانت الوصية لحمل من معين ، اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبة الحمل من ذلك المعين . وإذا مات الموصى قبل انفصال الحمل ، أوقفت غلة الموصى به إن كانت له غلة حتى يتفصل الحمل حياً فتكون له ، وإلا كانت لورثة الموصى . وإذا جاءت الحامل ، في وقت واحد أو في وقتين بينها أقل من ستة أشهر ، بولدين حين أو أكثر ، كانت الوصية بينهم بالتساوي ، إلا إذا نصت الوصية على خلاف ذلك . وإن انفصل أحدهم غير حى ، استحق الحى منهم كل الوصية . وإن مات أحد الأولاد بعد الولادة ، كانت حصته بين ورثته في الوصية بالأعيان ، وتكون لورثة الموصى في الوصية بالمنافع .

٧٨ - الموصى به: وتصح الوصية بالثلث (١) للوارث (٢) وغيره ،

(١) ولا يدخل في حساب الثلث المصروفات التي يحكم بها على التركة لمصلحة الموصى له إذا توزع في صحة الوصية ، ولا فوائد التأخير عن مبلغ الوصية من وقت المطالبة القضائية بهذا المبلغ (نقض مدني ٢١ يونيه سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٢٤ ص ٨٣٧) .

(٢) ولم تكن الوصية تجوز للوارث إلا بإجازة سائر الورثة . وقد قضى بأنه إذا اشترط الورثة حين توقيهم بإجازة الوصية على سندها الصادر من المورث لأحدهم أن يبقى السند لدى أمين متفق عليه ، وألا يسلم لمن صدر له إلا برضاؤهم ، فهذه الإجازة تقع باطله لا قترانها بما يبطل مفعولها ، وهو عدم تمكين الصادر له السند من الانتفاع به إلا بمشيئتهم (نقض مدني ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جز ٢٠ ص ١٢٠٨ رقم ٣٧) . ثم صدر قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فأجاز الوصية للوارث بالقدر الذي تجوز به لتبرير الوارث . ومن ثم تنفذ الوصية للوارث في ثلث التركة من غير إجازة سائر الورثة إذ مات الموصى وقت نفاذ قانون الوصية ، حتى لو كانت الوصية قد صدرت قبل ذلك (نقض مدني ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٢٤٤ - ٢١ يونيه سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٢٣ ص ٨٢٤ - ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣) . أما إذا مات الموصى قبل نفاذ قانون الوصية ، فلا تنفذ الوصية للوارث من غير إجازة سائر الورثة (نقض مدني ٢٠ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جز ٢٠ ص ١٢٠٩ رقم ٤٣ ، ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جز ٢٠ ص ١٢٠٣ رقم ١ - ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ نفس المجموعة جز ٢ ص ١٢٠٤ رقم ٤ - ٢٢ مايو سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جز ٢ ص ١٢٠٣ رقم ٢ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جز ٢ ص ١٢٠٨ رقم ٣٤) .

وتنفذ من غير إجازة الورثة^(١) . وتصح بما زاد على الثلث . ولا تنفذ في الزيادة^(٢) إلا إذا أجازها الورثة بعد موت الموصى وكانوا من أهل التبرع عاقلين بما يجيزونه^(٣) : وتنفذ وصية من لادين عليه ولا وارث له

(١) انظر في أن الموصى ، حتى في حدود ثلث التركة ، بتقيد بعدم التصنف في استعمال حق الإيصاء : حسن كيرة ص ٢١ - ص ٢٢ .

(٢) وقد كان المشروع القهري للتفتين المدني يشتمل على نص هو المادة ١٣٥٢ منه ونجى على الوجه الآتي : « إذا جاوزت الوصية في المقار القدر الذي يجوز الإيصاء به ، فإن إبطال الوصية فيما زاد على هذا القدر لا يضر بحقوق الغير إذا كسب بحسن نية حقاً عينياً على هذا المقار » . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع القهري في صدد هذا النص : « لما كان من الواجب حماية الغير حسن النية الذي يكسب حقاً عينياً على ما يجاوز القدر الذي يجوز الإيصاء به ، كما إذا صدرت وصية بنصف التركة ، ورتب الموصى له رهنًا على كل الموصى به ، ولم تجز الورثة الوصية فأنقصت إلى الثلث ، فإن سدس التركة يرجع إلى الورثة عملاً بالرهن وهم يرجعون على الموصى له . . . ويلاحظ أن إنقاص الوصية إلى القدر المأذون لا يعتبر إبطالا أو فسداً ، بل هو عدم نفاذ في حق الورثة . فوجب إذن أن يكون هناك نص خاص لحماية الغير حسن النية في هذه الحالة ، إذ هي لا تدخل في حالات الإبطال أو الفسخ التي وردت فيها نصوص أخرى » . وقد وافقت لجنة المراجعة على هذا النص ، ولكن مجلس النواب حلفه اكتفاء بالمادة ١٠٣٤ مدني (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٩٩ - ص ٣٠٠ في الهامش) .

أما المادة ١٠٣٤ مدني الذي أريد الاكتفاء بها فنص على أنه « يبق قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن » . وهذا النص ، وإن كان يشمل كل أسباب زوال الملكية إذ يقول « أو زواله لأي سبب آخر » ، فيدخل علم نفاذ الوصية في حق الورثة ، إلا أنه مقصور على حماية الدائن المرتهن دون غيره ممن كسب حقاً عينياً آخر على المقار . والنص الشامل في هذا الصدد هو ما جاء في قانون تنظيم الشهر العقاري (م ١٥ - ١٧) ، إذ يجب التأثير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً ، فتدخل إذن دعوى عدم نفاذ الوصية في حق الورثة . ويرتب على هذا التأثير أن حق المدعي إذا تقرر بحكم موثر به طبق القانون يكون حجة على من دبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ التأثير ، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأثير . أنظر أيضاً المادة ٧٨ مدني وهي خاصة ببيع المريض مرض الموت ، وتقضي بأنه لا تفسر أحكام هذا البيع (وهي في سجلها أحكام الوصية) إضراراً بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بموض حقاً عينياً على العين المبيعة .

(٣) ولا تصح الإجازة حال حياة الموصى ، ولا يعتد بها إلا إذا صدرت بعد موته تطبيقاً للشريعة الإسلامية (استئناف مصر ١١ يناير سنة ١٩٣٨ انضماماً ١٨ رقم ٢٤٠ ص ٧٤) . وإذا زادت الوصايا على ثلث التركة وأجازها الورثة وكانت التركة لا تقي بالوصايا ، أو لم يجيزوها وكان الثلث لا يقي بها ، قسمت التركة أو الثلث بحسب الأحوال بين الوصايا بالخاصة ، وذلك مع مرادة ألا يستوفى الموصى له بين نصيبه إلا من هذه العين (م ٨٠ من قانون الوصية) .

بكل ماله أو بعضه ، من غير توقف على إجازة الخزانة العامة لأنها لا تعتبر وارثاً . وتصح وصية المدين المستغرق ماله بالدين ، ولا تنفذ إلا براءة ذمته منه وذلك في ثلث التركة ، فان برئت ذمته من بعضه أو كان الدين غير مستغرق نفذت الوصية في ثلث الباقي بعد وفاء الدين . وإذا كان الدين غير مستغرق واستوفى كله أو بعضه من الموصي به ، كان للموصي له أن يرجع بقدر الدين الذي استوفى في ثلث الباقي من التركة بعد وفاء الدين^(١) .

وتصح الوصية بسهم شائع في التركة ، كربع التركة أو ثلثها^(٢) ،

(١) انظر آنفاً ص ١٧٥ هامش ١ - وفي حساب خروج الوصية من الثلث لا يدخل تمام الموصي به الحادث بموت الموصي ، فهذا التمام ملك خالص الموصي له كما قدمنا (انظر آنفاً فقرة ٧٦) . ويملك الموصي له التمام بمجرد موت الموصي ، حتى قبل تسجيل الوصية حين يكون الموصي به لا يزال ملكاً للورثة ، إذ الوصية غير المسجلة ترتب التزاماً في ذمة الورثة بتسليم العقار الموصي به بمجرد موت الموصي ، ومقتضى هذا الالتزام أن يكون الموصي له ثمار الموصي به وعليه نفقته من وقت موت الموصي . والوصية غير المسجلة في ذلك كالبيع غير المسجل ، نفي البيع يكون « المشتري ثمر المبيع ونحوه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً » (م ٤٥٨ / ٢ مدني) . انظر في ذلك إسماعيل غانم ص ١٤٦ - عبد النعم فرج الصلة فقرة ٥٣٠ - ص ٧٩٤ - حسن كيرة ص ١٧ - ص ١٨ وص ١٩ - ص ٢٠ .

ومن رأينا أن تسجيل الوصية ، كتسجيل البيع ، له أثر رجعي في العلاقة ما بين الموصي له والورثة . وبهذا الأثر الرجعي نمل أن يكون تمام الموصي به الموصي له من وقت موت الموصي حتى قبل تسجيل الوصية ، إذ بتسجيل الوصية تنتقل الملكية إلى الموصي له ويستند انتقالها إلى موت الموصي لا إلى وقت التسجيل ، وذلك فقط في العلاقة فيما بين الموصي له والورثة كما قدمنا . أما بالنسبة إلى الغير ، فلا شك في أن تسجيل الوصية لا ينقل ملكية الموصي به إلا من وقت التسجيل . انظر ما قدمناه في هذه المسألة في عقد البيع الوسيط ٤ فقرة ٢٨٣ - فقرة ٢٨٦ .

(٢) ويلاحظ أن الموصي له بسهم شائع في التركة لا يستحق هذا السهم إلا بعد سداد ديون التركة ، فيكون مستولاً عن هذه الديون بنسبة سهمه الشائع . وتنص المادة ٤٤ من قانون الوصية على أنه « إذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة ، وكان فيها دين أو مال غائب ، استحق الموصي له سهمه في الحاضر منها ، وكلما حضر شيء استحق سهمه فيه » . وانظر أيضاً المادة ٤٥ من قانون الوصية

وذلك في حدود الثلث على ما سبق القول . ويعتبر الموصى له في هذه الحالة خلفاً عاماً للموصى ، شأنه في ذلك شأن الورثة (١) .

وتصح الوصية بمنفعة العين ، فإذا كانت العين الموصى بمنفعتها تختمل الانتفاع أو الاستغلال على وجه غير الذي أوصى به ، جاز للموصى له أن ينتفع بها أو يستغلها على الوجه الذي يراه ، بشرط عدم الإضرار بالعين الموصى بمنفعتها . وإذا كانت الوصية لمعين بالمنفعة ولآخر بالرقبة ، فإن ما يفرض على العين من الضرائب وما يلزم لاستيفاء منفعتها يكون على الموصى له بالمنفعة . وإذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مؤبدة أو لمدة حياته أو مطلقة ، استحق الموصى له المنفعة مدة حياته في جميع هذه الأحوال ، وذلك بشرط أن ينشأ استحقاقه للمنفعة في مدى ثلاث وثلاثين سنة من

(١) وتجوز الوصية بمثل نصيب وارث معين ، وتنص المادة ٤٠ من قانون الوصية في هذا الصدد على أنه « إذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصى ، استحق الموصى له قدر نصيب هذا الوارث زائداً على الفريضة » . فيزداد سهم هذا الوارث على سهم فريضة التركة ، ويكون نصيبه للموصى له ، والباقي للورثة يقسم بينهم حسب فرائضهم . كذلك تجوز الوصية بنصيب وارث غير معين ، وتنص المادة ٤١ من قانون الوصية في هذا الصدد على أنه « إذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصى أو بمثل نصيبه ، استحق الموصى له نصيب أحدهم زائداً على الفريضة إن كان الورثة متساوين في الميراث ، وقدر نصيب أهلهم ميراثاً زائداً على الفريضة إن كانوا متفاضلين » . وتنص المادة ٤٢ من قانون الوصية على أنه « إذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة ونصيب أحد ورثة الموصى أو بمثل نصيبه سواء أعين الموصى الوارث أم لم يعينه ، قدرت حصة الموصى له بنصيب الوارث على اعتبار أنه لا وصية غيرها . ويقسم الثلث بينهما بالمخاصة إذا ضاق عن الوصيتين . وإذا كانت الوصية بقدر محدود من النقود أو بعين من أعيان التركة بدل السهم الشائع ، قدر الموصى به بما يساويه من سهام التركة » . فإذا أوصى بمثل نصيب ابنه لشخص وبربح التركة لشخص آخر ، قدرت الوصية بالنصيب بما تساويه من سهام التركة كأنه لا وصية غيرها ، ويقسم الثلث بين الوصيتين إن لم يسهما ولم تجز الورثة . وعلى ذلك إذا ترك الموصى ابنين كانت الفريضة سهمين اثنين ، يزداد عليهما سهم الموصى له كأنه لا وصية لغيره فيكون له الثلث . وتكون الوصيتان ثلثاً وربعاً ، فهما أكثر من ثلث التركة . فإذا لم يجز الابنان الزائد على الثلث ، كان الثلث بين الموصى لهما ، أربعة سهام لصاحب الثلث وثلاثة لصاحب الربع . وإذا كان ، بدل الوصية بالسهم الشائع ، وصية بعين من أعيان التركة أو بدراهم مرسلة ، قدرت العين أو الدراهم بما تساويه من سهام التركة ، وقدوت الوصية بالنصيب كذلك ، وقسم الثلث بين الوصيتين على الوجه السابق .

وفاة الموصى . وإذا كانت الوصية بكل منافع العين أو ببعضها ، وكانت مؤبدة أو مطلقة أو لمدة حياة الموصى له أو لمدة تزيد على عشر سنين ، قدرت الوصية بقيمة العين الموصى بكل منافعها أو ببعضها . فإذا كانت الوصية لمدة لا تزيد على عشر سنين ، قدرت بقيمة المنفعة الموصى بها في هذه المدة . وإذا كانت الوصية بحق من الحقوق ، قدرت بالفرق بين قيمة العين محملة بالحق الموصى به وقيمتها بدونه . وتسقط الوصية بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها ، وبشراء الموصى له العين التي أوصى له بمنفعتها ، وبإسقاط حقه فيها لورثة الموصى يعوض أو بغير عوض ، وباستحقاق العين .

وتصح الوصية بالمراتب من رأس المال لمدة معينة ، ويوقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة . فإذا زاد ما أوقف لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة ولم تجز الورثة الزيادة ، يوقف منه بقدر الثلث ، وتنفذ الوصية فيه وفي غلته إلى أن يستوفى الموصى له قيمة ثلث التركة حين الوفاة ، أو إلى تنتهي المدة ، أو إلى أن يموت الموصى له . ويجوز لورثة الموصى الاستيلاء على الموقوف لتنفيذ الوصية بالمرتب أو التصرف فيه ، بشرط أن يودعوا في جهة يرضاها الموصى له أو يعينها القاضي جميع المراتب نقدا ويخصص المبلغ المودع لتنفيذ الوصية . فإذا مات الموصى له قبل نفاذ المبلغ المودع ، رد الباقي لورثة الموصى . ويزول كل حق للموصى له في التركة بالإيداع والتخصيص (١) .

٧٩ - الوصية الواجبة: وإذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات

في حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا في تركته لو كان حيا عند موته ، وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث . بشرط أن يكون غير وارث . وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له ، وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله . وتكون هذه

(١) وإذا تراخمت الوصايا بالمراتب ومات بعض الموصى لهم ، أو انقطعت جهة من الجهات الموصى لها بالمرتب ، كان نصيبها لورثة الموصى (م ٨٢ من قانون الوصية) .

لوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ، ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا . على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره . وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يئلى بهم إلى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مرتباً ترتيب الطبقات .

وإذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية ، وإن أوصى له بأقل وجب له ما يكمله . وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر : وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه . ويؤخذ نصيب من لم يوص له ، ويوفى نصيب من أوصى له بأقل مما وجب ، من باقى الثلث . فإن ضاق عن ذلك ، فنه وما هو مشغول بالوصية الاختيارية .

والوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا . فإذا لم يوص الميت إلى من وجبت لهم الوصية وأوصى لغيرهم ، استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقى ثلث التركة إن وفى ، وإلا فنه وما أوصى به لغيرهم . وفى هذه الحالة الأخيرة والحالة السابقة عليها ، يقسم ما يبق من الوصية الاختيارية بين مستحقيها بالخاصة (١) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون الوصية فى صدد الوصية الواجبة ما يأتى « وضمت : هذه المواد (٧٦ - ٧٩) لثلاث حالة كثرت منها الشكوى ، وهى حالة الأحفاد الذين يموت آباءهم فى حياة أبائهم أو أمهم أو يموتون معهم ولو حكما كالنرق والهدى والحرق ، فإن هؤلاء قلما يرثون بعد موت جدتهم أو جدتهم لوجود من يحجبهم من الميراث ، مع أن آباءهم قد يكونون من شاركوا فى بناء الثروة التى تركها الميت ، وقد يكونون فى عياله بقوتهم وأحب شئ إلى نفسه أن يوص لهم بشئ من ماله ولكن المنية عاجلته فلم يفعل شيئاً أو حالت بينه وبين ذلك مؤثرات وقتية - قد تضمنت المادة ٧٦ أنهم إذا كانوا غير وارثين ولم يوص لهم الجد أو الجدة بمثل نصيب أسنهم ، فإن الوصية يجب لهم بإيجاب الله تعالى بمثل هذا النصيب على ألا يزيد على الثلث - وهى يجب لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وهم من لا ينتسبون إلى الميت بأنثى وإن نزلت طبقاتهم والأصل يحجب فرعه دون فرع غيره . ويقسم نصيب كل أصل وهو ابن الميت أو بنته على من يوجد من فروعه قسمة الميراث ، كما لو كان أصولهم الذين ينتسبون بهم إلى الميت ماتوا مرتين - ولا يدخل فى قسمة التركة أولاد الميت الذين ماتوا فى حياته ولم يعقبوا أو أعقبوا من لا يستحق فى الوصية . فلو خلف الميت ابناً وبنتاً وبنتى بنت ماتت فى حياته وابن ابن مات أبوه وجده فى حياته أيضاً غير مرتبين وكان له ابن مات فى حياته ولم يعقب أو أعقب أولاد بنت ، قسمت التركة -

المبحث الثاني

حماية الورثة من الوصايا المستترة

٨٠ - مآلاته يحمى فيها الوارث من الوصايا المستترة : نص

التقنين المدني على حالتين يحمى فيهما الوارث (١) من الوصايا

حين أولاد الميت الأحياء والأموات الذين لهم من يستحق الوصية . وهنا نصيب الابن والبنت الميتين أكثر من الثلث فيكون لهما الثلث ، يقسم بينهما قسمة الميراث ، لبنت ثلث يعطى لبنتها بالتساوى ، وثلثا للابن يعطى لفرعه ولو أن آياه مات قبل جده - والقول بوجوب الوصية للأقربين غير الوارثين مروى عن جمع عظيم من فقهاء التابعين ومن يقدم من أئمة الفقه والحديث ، ومن هؤلاء سعيد بن المسيب والحسن البصري وطاووس والإمام أحمد وداود الطبري وإسحاق بن راهوية وابن حزم . والأصل في هذا قوله تعالى « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين » . والقول باعطاء من مال المتوفى للأقربين غير الوارثين على أنه وصية وجبت في ماله إذا لم يوصى لهم مذهب ابن حزم ، ويؤخذ من أقوال بعض فقهاء التابعين ، ورواية في مذهب الإمام أحمد . وقصر الأقارب غير الوارثين على الأحفاد وبالترتيب المبين في المادة ٧٦ ، وتحديد الواجب لهم بمثل نصيب أبيهم أو أمهم في حدود الثلث مع تقسيمه بينهم قسمة الميراث متى على مذهب ابن حزم . . . فالجزء الواجب إخراجه يجوز في مذهب ابن حزم أن يحده الموصى أو الورثة بمثل نصيب الأب ، كما يجوز تحديده بأقل أو أكثر . كذلك يجوز في مذهبه أن تكون الوصية لبعض الأقربين دون البعض الآخر ، وحينئذ يكون لول الأمر أن يتدخل ويحدد الأقربين بأولاد الأولاد على الترتيب المذكور في المادة ، ويأمر باعطائهم جزءاً من التركة هو نصيب أصلهم في الميراث لو بقى حياً (م ٧٦) . . . فإذا نقصوا أحداً ما وجب له أولم يوصوا له بشئ ، ردوا بأمر ول الأمر إلى المعروف (م ٧٧) . وتقديم الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية يؤخذ مما نقله ابن مفلح عن الإمام أحمد وماروى عن طاووس .

(٣) وغنى عن البيان أن القانون ، كما يحمى الوارث من الوصايا المستترة ، يحمى أيضاً الدائن . والدائن ، كما للوارث ، مصلحة في أن يكشف عن الوصايا المستترة ، بل إن مصلحته في ذلك ترجح مصلحة الوارث . وذلك أنه متى ثبت أن التصرف هو في حقيقته وصية ، فإنه لا يسرى أصلاً في حق الدائن إذ الديون تقدم على الوصايا ، في حين أنه يسرى في حق الوارث فيما لا يجاوز ثلث التركة . ومن أجل ذلك يكون للدائن ما للوارث في كل ما سيجى . من حق الوارث في الطعن في تصرفات المورث بأنها وصايا مستترة .

أما في حياة الموصى ، فلا تحول الوصية ، حتى لو كانت مسجلة ، دون تنفيذ دائن الموصى على المقار الموصى به ، إذ أن هذا المقار لا يزال في ملك الموصى مادام حياً ، ولوبق صراً على الوصية ولم يرجع فيها .

المسترة^(١): (الحالة الأولى) التصرفات التي تصدر من المورث في مرض الموت^(٢)، تعتبر تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت وتسرى عليها أحكام الوصية. وبذلك يحمي القانون الورثة من هذه التصرفات إذ يكشف عن حقيقتها ويحيطها بقيود الوصية. (الحالة الثانية) التصرفات التي يحتفظ فيها المورث بحياة العين وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته. إذ تعتبر تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت، فتحمي الورثة منها بأن تحاط هي أيضاً بقيود الوصية^(٣).

(١) ويعتبر الوارث، في الوصايا المسترة وفي كل تصرف يصدر من المورث وينطوي على اعتداء على حقه في الإرث من الغير يتلقى حقه من القانون لا من المورث، ومن ثم لا يعتبر في هذه التصرفات خلفاً للمورث ولا تسرى في حقه. وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بأنه وإن كان الوارث يحل محل مورثه بحكم الميراث في الحقوق التي تركته وفي الالتزامات التي عليها، إلا أن القانون قد جعل للوارث حقوقاً خاصة لا يبرئها عن مورثه، بل تنشأ بحكم القانون. وهذه الحقوق تجعل الوارث غير ملزم باحترام تصرفات مورثه الضارة بحقوق الوارث هذه التي أثبتتها له الشريعة رغماً من إرادة المورث. ومتى كان الوارث يتلقى حقه في الإرث بحكم القانون (الشريعة) وكان له أن يدفع كل اعتداء عن ذلك الحق الشرعي، فلا يصح مع هذا أن يقال بأن الوارث يلزم باحترام تصرفات مورثه الضارة بحقه الشخصي، ولأن يقال إن الوارث يعتبر خلفاً لمورثه بالنسبة إلى تلك التصرفات التي تحس حقوق الوارث الخاصة (استئناف مصر ١٤ يونيو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ١٩٨ ص ٤١٦). وانظر أيضاً استئناف مصر ١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ١٧٩ ص ٥٧٨.

(٢) أما إذا صدر التصرف في غير مرض الموت، فإنه يكون صحيحاً نافذاً في حق الورثة، ولو تصرف المورث في كل ماله متبرعاً. وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بألا تنقيد التصرفات إلا ابتداء من مرض الموت، أما قبل ذلك فالملك الكامل الأهلية حر التصرف في ملكه، ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو تعديل أنصبتهم، ما لم تكن تصرفاته مشوبة بعيب من العيوب (نقض مدني ٤ يونيو سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢٠ ص ١٠٠١ رقم ١٨). وانظر أيضاً في هذا المعنى نقض مدني ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة جزء ٢٠ ص ١٠٠١ رقم ٢٠ - استئناف أسبوط ١٠ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٤٤٥ ص ٨٨٤ - استئناف غنطلة ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٨ - ٢١ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٤١.

(٣) وتكييف وصف العقد بأنه وصية يبيح اختصاص المحكمة التي تنظر في موضوع العقد. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان النزاع غير قائم حول صحة التصرف باعتباره وصية، وإنما كان قائماً حول تعرف نية المتصرف هل هي البيع أو الهبة أو الوصية، فلا شأن بلغة الأحوال الشخصية به، بل الشأن فيه جهة القضاء العادي. فإذا كان من المسلم أن العقد موضوع الدعوى صدر من المورث لصالح المتمسك به، ولكن قام النزاع حول وصف هذا العقد قانوناً، فاستعنت المحكمة الأوصاف التي يصح انطباقها عليه، ثم استخلصت من ظروف الدعوى وأدلتها أنه وصية، فأنها لا تكون قد خرجت في ذلك عن حدود اختصاصها (نقض مدني ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أوله ص ١٣٧ رقم ٢٤).

٨١ - المادة الأولى - التصرفات التي تصدر من المورث في

مرصمه الموت - نص قانوني : تنص المادة ٩١٦ مدني على ما يأتي :

١ - كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ، ويكون مقصودا به التبرع ، يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف .

٢ - وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا .

٣ - وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه « (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٨٧ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٦ (مجوعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٦ - ص ٢٩٨) . ولا مقابل النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام التي يقررها النص كان القضاء يأخذ بها .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٧٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٠٩ : ١ - كل تصرف ناقص للملكية يصدر من شخص في مرض

الموت مقصودا به التبرع أو الهبة يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محابة تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى له . ٢ - ويعتبر في حكم الوصية إبراء المريض في مرض موته مدينه وارثا كان أو غير وارث ، وكذلك الكفالة في مرض الموت .

م ١١١٠ : ليس لأحد أن يؤدي دين أحد غرماته في مرض موته ويطلب حقوق باقيهم . ولكن له أن يؤدي ثمن المال الذي اشتراه أو القرض الذي استقرضه حال كونه مريضا .

م ١١١١ : ١ - إذا أقر شخص في مرض موته بدين لوارث أوليبر وارث ، فإن جاء إقراره على سبيل التملك كان بحكم الوصية ، وإن جاء على سبيل الإخبار أو كان إقرارا يقضي أمانة له أو استهلاك أمانة عنده ثبتت بغير إقراره ، نفذ الإقرار في جميع ماله ولو لم تجز الورثة ، وتصدق الورثة لإقراره في حياة المورث ملزم لهم . ٢ - ولا يستحق المقر له

فالتصرف الصادر من المورث في مرض الموت ، (١) ، ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبره القانون وصية مستترة ، وتسرى عليه أحكام الوصية . وبذلك تحصى الورثة . إذ أن هذا التصرف لا ينفذ في حقهم فيما زاد على ثلث التركة إلا إذا أجازوه (٢) . وهذا هو حكم الوصية كما قدّمنا . وحتى تسرى أحكام الوصية يجب ، كما هو ظاهر من النص ، أن يتوافر في التصرف شرطان : (١) أن يكون تصرفاً صادراً في مرض الموت . (٢) وأن يكون مقصوداً به التبرع .

٨٢ - الشرط الأول - التصرف صادر في مرضه الموت : سبق ،

عند الكلام في البيع ، أن بحثنا البيع الصادر في مرض الموت ، ورأينا أن أحكام

= ما أقربه المريض وفقاً لأحكام الفقرة السابقة إلا بعد أن تؤدي ديون الصحة . ويعتبر في حكم ديون الصحة الديون التي ثبتت في ذمة المريض وقت المرض بنظر إقراره فتؤدي هي أيضاً مع ديون الصحة قبل الديون التي ثبتت بإقرار المريض في وقت مرضه .

م ١١١٢ : ١ - إذا أقر شخص في مرض موته بأنه استوفى ديناً له في ذمة أحد ، فإن كان الدين قد ثبت في ذمة المدين حالة صحة الدائن نفذ الإقرار في حق غرماء الصحة . أما إذا كان الدين قد ثبت في ذمة المدين حال مرض الدائن ، فلا ينفذ لإقرار في حق هؤلاء الغرماء . ٢ - وإذا أقر بأنه كفل حال صحته ديناً لأحد ، نفذ إقراره في جميع ماله ولكن بعد أن توفي ديون الصحة وما في حكمها من الديون .

(والتقنين العراقي يقتضي أحكام الشريعة الإسلامية في تصرفات المريض مرض الموت) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(١) أنظر في تحديد متى مرض الموت والرجوع في ذلك إلى أحكام الفقه الإسلامي . مفسرة بقضاء المحاكم : الوسيط ، فقرة ١٧٥ - فقرة ١٨٢ .

(٢) ولا يكون ذلك كله إلا بعد موت المريض ، فقبل موته لا حق للوارث في الطعن في التصرف . وقد قضت محكمة النقض بأن حق الوارث في مال مورثه لا يظهر في الوجود ، ولا يكون له أثر ، إلا بعد وفاة المورث . كما أن المرض لا يمكن اعتباره مرض موت إلا إذا انتهى بموت صاحبه ، مما لا يتأدى معه معرفة أن المرض من أمراض الموت إلا بتحقيق هذه النتيجة . ومن ثم فادام المتصرف كان ما يزال حياً ، فإنه ما كان يقبل من الوارث أية منازعة في العقود المعلوم عليها تقوم على صلورها في مرض موت المتصرف أو على أنها تخفى وصايا (نقض مدني ٢٦ مارس سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٦٦ ص ٣٩٥) . أما المورث نفسه إذا تصرف وهو يعتقد أنه في مرض الموت ، ثم شق ، فله أن يعطى في التصرف إما بالصورية وبأن حقيقته وصية وقد عدل عنها ، أو في القليل باللفظ إذا كان البيع جدياً منجزاً ، وذلك على أساس أنه وقع في غلط في الباعث إذ كان الدافع له على التصرف اعتقاده أنه كان في مرض الموت .

الوصية تسرى عليه . أما هنا فالنص عام ولا يقتصر على البيع ، بل هو يشمل كل تصرف صدر في مرض الموت أيا كانت التسمية التي أعطيت لهذا التصرف . ومن ثم يدخل ، إلى جانب البيع ، الهبة والإقرار والإبراء وغير ذلك من التصرفات . فإذا وهب المورث عيناً ، أو أقردين عليه^(١) ، أو أبرأ مدينأله ، وصدر التصرف والمورث في مرض الموت ، سرت على هذا التصرف أحكام الوصية . فلا تنفذ الهبة ولا الإقرار بالدين ولا الإبراء من الدين إلا في ثلث التركة ، ما لم تجز الورثة ما يجاوز الثلث في كل ذلك . وعاء إثبات أن التصرف قد صدر في مرض الموت يقع على الورثة . ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ويدخل في ذلك البينة والقرائن ، لأنهم إنما يثبتون واقعة مادية^(٢) . فيستطيعون إثبات مرض الموت بتقارير الأطباء وبشهادة الشهود والقرائن المستخلصة من ظروف المرض وبغير ذلك من

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار الحاصل في مرض الموت لغير وارث على سبيل التبرع يصح اعتباره في حكم الوصية ، فينفذ في ثلث التركة (نقض مدني ٢٧ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ٧) .

(٢) ومتى أثبت الورثة أن التصرف قد صدر في مرض الموت ، وأسبحوا من الغير في هذا التصرف ، فلا يسرى في حقهم فيما يزيد على ثلث التركة إلا إذا أجازوه . أما إذا كان التصرف صورياً صورية مطلقاً وُطن في الورثة بالصورية لا بأنه وصية مستتره ، فإن الورثة لا يعتبرون في هذه الحالة من الغير ، وإنما يستملكون حقهم من مورثهم ، فلا يجوز لهم إثبات الصورية إلا بما كان يجوز لمورثهم أن يثبتها به من طرق الإثبات . وقد قضت محكمة النقض بأن الوارث لا يعتبر في حكم الغير بالنسبة إلى التصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر ، إلا إذا كان ملته على هذا التصرف هو أنه ، وإن كان ظاهره بيعاً متجزاً ، إلا أنه في حقيقته وصية إضراراً بحقه في الميراث ، أو أنه صدر في مرض موت المورث فيعتبر إذ ذاك في حكم الوصية . لأنه في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة ، حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها التحايل على قواعد الإرث . أما إذا كان ينشئ العطن في العقد أنه صوري صورية مطلقاً ، فإن حَقَّ الوارث في العطن في التصرف في هذه الحالة إنما يستمد من مورثه وليس من القانون ، ومن ثم لا يجوز له إثبات ملته إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات (نقض مدني ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٤ ص ٥٢٥) . وانظر أيضاً نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٣٧ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠١ رقم ٢٢ - ٢١ يونيو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ ص ٨٢٤ - ١٣ يناير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٧ ص ١٢٣ .

الأدلة (١) . وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٩١٦ مدني سالفة الذكر : « ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً » . والمقصود بالسند هنا هو سند التصرف الصادر من المورث ، فإذا حمل تاريخاً عرفياً من شأنه أن يجعل التصرف صادراً في وقت سابق على مرض الموت ، كان هذا التاريخ حجة على الورثة . ولكن لهم أن يثبتوا أن التاريخ قد قدم عمداً وأن التاريخ الحقيقي لصدور السند يقع في وقت كان المورث فيه مريضاً مرض الموت ، فقدم التاريخ ليخفي هذه الحقيقة . ويكون للورثة إثبات ذلك بجميع الطرق وتدخل فيها البيئة والقرائن بالرغم من أنهم يثبتون عكس ما هو مكتوب ، لأن تقديم التاريخ على هذا النحو غش والغش يجوز إثباته بجميع الطرق (٢) . ومن هذا نرى أن عبارة النص غير دقيقة ، إذ هي تقول إنه لا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . وقد رأينا أن التاريخ ، حتى لو لم يكن ثابتاً ، يحتاج به على الورثة ، وإنما يكفي لهم إثبات العكس كما قدمنا . وقد سبق أن استظهرنا عدم دقة النص عند الكلام في التاريخ الثابت في الأوراق العرفية في الجزء الثاني من الوسيط ، فقلنا في هذا الصدد : « فالأصل أن الوارث يحتاج عليه بتاريخ التصرف الصادر من مورثه ، ولو لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . ولكن

(١) ومن القرائن على صدور التصرف في مرض الموت أن يكون البيع محرراً بخط المشتري ولم يسجل إلا قبل وفاة البائع بيومين (استئناف ولى أول فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٠٨ ص ٢٩٦) . ومنها تسجيل العقد تسجيل تاريخ قبل الوفاة بعدة قليلة ثم تسجيله بعد الوفاة تسجيلًا تاماً (استئناف وطني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٢٠٤ ص ٩٥) . ومنها أن يكون العقد قد حرر قبل الوفاة بأيام قليلة ما لم يكن البائع قد مات فجأة (استئناف وطني ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١١٨ ص ١١٦) . ولا مانع من الطعن في التصرف بأنه صادر في مرض الموت بعد الطعن فيه بالتزوير (محكمة مصر الوطنية ٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٩ رقم ٥٣٩ ص ٩٩٦) . وانظر في إثبات مرض الموت الوسيط ٤ فقرة ١٨٠ .

(٢) نقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جز ٢٥ ص ١٠٠٢ رقم ٢٦ - ١٢ فبراير سنة ١٩٤١ نفس المجموعة جز ٢٥ ص ١٠٠٢ رقم ٢٤ ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ نفس المجموعة جز ٢٥ ص ١٠٠٢ رقم ٢٧ - ١٥ أبريل سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جز ٢٥ ص ١٠٠٣ رقم ٢٨ - ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة جز ٢٥ ص ١٠٠٢ رقم ٢٥ - ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ نفس المجموعة جز ٢٥ ص ١٠٠٣ رقم ٣٠ .

إذا ادعى أن التصرف قد صدر من مورثه وهو في مرض الموت ، كانت له مصلحة في إثبات عدم صحة التاريخ ، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ومنها البيئة والقرائن ، لما ينطوى عليه تقديم تاريخ التصرف من غش أريد به الإخلال بحقه الشخصي في الميراث . إلى هنا ونص التفتين الجديد مستقيم . لكن تأتي بعد ذلك العبارة الأخيرة : ولا يحتج على الورثة بتاريخه إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . وهي عبارة غير صحيحة على إطلاقها . إن أريد بها بها - كما هو ظاهر العبارة - أن التاريخ العرفي للتصرف الصادر من المورث لا يحتج به على الورثة ، فهذا غير صحيح ، وقد رأينا أن هذا التاريخ حجة على الوارث إلى أن يثبت عدم صحته . وإن أريد بها - كما هو التأويل المستخلص من سياق النص - أن التاريخ العرفي لا يحتج به على الوارث إلى الحد الذي يمنعه من إثبات العكس بل يجوز له ما دام التاريخ غير ثابت أن يقيم الدليل على عدم صحته ، فهذا صحيح . ولكن فيم الحاجة إلى إيراد هذا الحكم البديهي فمن المسلم أن كل شخص يكون التاريخ العرفي حجة عليه ، ولو كان هو المتعاقد نفسه ، يستطيع أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ (١) :

٨٣ - الشرط الثاني التصرف مقصود به التبرع : ويجب أيضاً أن يكون التصرف الصادر من المورث في مرض الموت قد قصد به التبرع . ذلك أنه من المحتمل ، وإن كان هذا نادراً ، أن يكون المورث قد تصرف في مرض موته معاوضة لا تبرعاً . وأكثر ما يقع ذلك في عقد البيع . فإن كان الثمن لا محابة فيه فإن البيع ينفذ في حق الورثة ، وتسرى عليه أحكام البيع لأحكام الوصية . أما إذا كان في الثمن محاباة ، فهذه المحاباة وحدها هي التي تسرى عليها أحكام الوصية . وقد نصت المادة ٤٧٧ ملغى على أنه :

١٥ - إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بشمن يقل عن قيمة المبيع وقت البيع ، فإن البيع يسرى في حق الورثة إذا كانت زيادته قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلاً فيها البيع ذاته . ٢ - أما

(١) الوسيط ٢ فقرة ١١٩ ص ٢٠٩ - ص ٢١٢ - وانظر في تفصيل هذه المسألة

نفس المرجع فقرة ١١٩ ص ٢٠٤ - ص ٢١٢ .

إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة ، فإن البيع فيما تجاوز الثلث لا يسرى في حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما بقي بتكلمة الثلثين .

وعبء إثبات أن التصرف الصادر من المورث في مرض الموت قد قصد به التبرع لا يقع على الورثة كما يقع العبء عليهم في إثبات أن التصرف صدر في مرض الموت ، وإنما يقع هنا على من صدر له التصرف . ذلك أنه متى أثبت الورثة أن التصرف قد صدر في مرض الموت ، فقد أقام القانون قرينة قانونية على أن هذا التصرف إنما قصد به التبرع . فالإنسان لا يتصرف في مرض موته عادة إلا على سبيل التبرع ، ويندر أن يكون في تصرفه والموت ما ثل أمام عينيه قد قصد المعاوضة . على أن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز لمن صدر له التصرف أن يدحضها بأن يثبت أنه دفع عوضاً للمورث . فإذا أثبت ذلك ، وكان في التصرف مع ذلك محاباة له ، فإن هذه المحاباة وحدها هي التي تسرى عليها أحكام الوصية كما سبق القول .

٨٤ - المحالة الثانية - التصرفات التي يحتفظ فيها المورث بمحابة

الفين وبمقتضى في الانتفاع بها مري حياته - نص قانوني : تنص المادة ٩٢٧ مرنى على ما يأتي .

« إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بمحابة العين التي تصرف فيها وبمقتضى في الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ، ما لم يتم دليل يخالف ذلك » (١)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٥١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٨٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٦ ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٩ - ٣٠١) .

ولا مقابل النص في التقنين المدني السابق ، ولكن كثيراً من أحكام القضاء كان يقضى بهذا المعنى على أساس القرينة القضائية .

ويقابل النص في التقنينات المدنية المربية الأخرى :

التقنين المدني السوري ٨٧٨ م (مطابق) .

التقنين المدني الليبي ٩٢١ م (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقارن اللبناني لا مقابل .

وهنا نرى أن تصرف المورث لم يصدر في مرض موته ، بل صدر وهو في صحته . ولكن المورث لم يطلق التصرف ، بل قيده بأن احتفظ لنفسه بشيئين : حيازة العين وحقه في الانتفاع بها مدى حياته . فإذا باع المورث مثلاً داراً لأحد ورثته ، واحتفظ بحيازته للدار وبحق الانتفاع بها مدى حياته ، اقترب هذا التصرف كثيراً من الوصية . صحيح أن التصرف لم يصدر في مرض الموت ، ولكن احتفاظ المورث بحيازة الدار وبالانتفاع بها طول حياته ، بحيث لا ينتفع الوارث بالدار ، بل ولا يحوزها ، إلا عند موت المورث ، كل هذا من شأنه أن يجعل الوارث في منزلة الموصى له لافي منزلة المشتري . فالموصى له هو أيضاً لا يحوز العين الموصى بها ، ولا ينتفع بها ، إلا عند موت المورث (١) .

وقد كان القضاء ، في عهد التقنين المدني القديم ، يجعل احتفاظ المتصرف بحيازة العين وبالانتفاع بها مدى حياته قرينة قضائية على أن التصرف وصية (٢) ، لاسيماً إذا اقترن ذلك باشتراط عدم تصرف المشتري في الرقبة

(١) ومضى تبين أن البيع حقيقة وصية مستترة ، كان مندماً بوصفه بيعاً ، فلا يكون لتسجيله أثر ، ولا يرد عليه التقادم . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان اشتمل المعلنون فيه قد انتهى إلى أن التصرف لم يكن منجزاً وأنه يخفى وصية ، فلا يكون لتسجيل العقد حال حياة البائع أى أثر في تصحيح التصرف أو نقل الملكية ، لأن التسجيل لا يصحح عقداً باطلاً ، كما أنه لا يحول دون العلم في العقد بأنه يخفى وصية . ولا يسرى على هذا البطلان التقادم المنصوص عليه في المادة ١٤٠ مدني . ولا يقدح في ذلك القول بأن اعتبار البطلان مطلقاً يتنافى مع إمكان إجازة التصرف من الورثة ، ذلك أنه ليس للورثة أن يميزوا التصرف باعتباره بيعاً ، وإنما لهم أن يميزوه على الاعتبار الصحيح بوصفه وصية ، وفي هذه الحالة تجرى عليه أحكام الوصية التي يميزها الورثة (نقض مدني ٩ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠ ص ٤٣) - والأدق أن يقال ، في رأينا ، ألا وجود لبيع أصلاً فهو مندوم ، لا أن البيع باطل بطلاناً مطلقاً . ذلك لأن البيع الذي يستر وصية ليس إلا عقداً واحداً هو وصية مستترة تسرى عليها جميع أحكام الوصية ، أما البيع الظاهر فهو صوري لا وجود له .

(٢) ولكن القضاء كان حراً في أن يأخذ بهذه القرينة أولاً يأخذ ، إذ كانت مجرد قرينة قضائية . وقد قضت محكمة النقض بأنه كان من المقرر في ظل القانون المدني أن الأصل في إقرارات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها بأى طريق من طرق الإثبات . فعبء الإثبات كان على من يظعن في التصرف ، ولم يكن احتفاظ البائع بحقه في الانتفاع بالعين المبيعة مدى حياته سوى مجرد قرينة قضائية يتوصل بها الطاعن إلى إثبات دعواه . والفاضي بعد ذلك حر في أن يأخذ بهذه القرينة أولاً يأخذ ، لأنها كسائر القرائن القضائية تخضع لنطاق تقديره (نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣) .

طول حياة البائع ، وصحب ذلك عدم تسجيل عقد البيع^(١) .

وقد وضع المشروع التمهيدى لنص المادة ٩١٧ مدنى سאלقة الذكر فى وقت كانت الوصية لوارث فى محظورة ، وكان الناس يتحايلون على هذا الحظر بستر وصاياهم فى صورة بيع يحتفظون فيها بحيازة العين وبحق الانتفاع بها مدى الحياة . وقد تضاربت أحكام القضاء فى تكيف التصرف على هذا النحو ، هل هو تصرف منجز (بيع أو هبة) أو وصية مستترة^(٢) . فحسم المشروع هذا الخلاف بأن قرر أن هذا التصرف يعتبر وصية . ما لم يتم دليل على غير ذلك . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع : « كثيرا ما يلجأ المورث ، وهو عاجز عن الإيصاء لوارثه ، إلى وصية يسترها فى شكل تصرف آخر ، كبيع أو هبة ، ويحتفظ فى هذا التصرف بحيازة العين وبخقه فى الانتفاع بها ، إما من طريق اشتراط حق المنفعة وعدم جواز التصرف فى العين ، وإما من طريق الإيجار مدى الحياة ،

(١) نقض مدنى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٤ ص ١١ - ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٨ ص ٤٤٥ - ١١ مارس سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٦ ص ٦٩ - أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٣ ص ١٠٧ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٨ ص ١٧٤ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٧ ص ٦١٢ - استئناف مصر ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٩ ص ١٢ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢٥٠ ص ٣٢٧ - ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٤٦١ ص ٧٥٩ - ١٩ يناير سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٢٧ ص ١٧١ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٣ ص ٢٩١ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٩٣ ص ٢٠٩ - استئناف أسيوط ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٤ ص ٦٣٥ - ومع ذلك أنظر نقض مدنى ٢ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٥٠ رقم ٣٧ - ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٨ نفس المجموعة جزء أول ص ٣٤٩ رقم ٣٤ - ٨ مارس سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٣٤٩ رقم ٣٢ - ١٨ أبريل ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٦ ص ١٥٣ - ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٢ ص ٧٨١ - استئناف مصر ١٠ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ١٤٣ ص ٢٩١ - ١٧ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٥٦ ص ٩١٧ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٩٤ ص ١٠٩٠ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٤١ ص ٨٧٥ .

(٢) أنظر فى هذه الأحكام المتضاربة نظرية العقد المؤلف فقرة ٨٢٧ ص ٩٢٩ - ص ٩٣٢ ، وفى الصواب إلى استخلصت من هذه الأحكام نفس المرجع فقرة ٨٢٧ ص ٩٣٣ .

أو من أى طريق آخر . وقد تضاربت الأحكام فى ذلك تضارباً كبيراً ، حتى أصبحت الأقضية فى هذا الشأن أدخل فى باب الحظ منها فى باب الحقوق الثابتة . فحسم المشروع الخلاف بأن قرر أن مثل هذا التصرف يعتبر وصية ، ما لم يتم دليل على غير ذلك . وقد فرض المشروع ما هو أكثر انطباقاً على الواقع ، وترك الباب مفتوحاً لإثبات العكس فى الحالات الأخرى النادرة . ويلاحظ أنه إذا فتح باب الوصية للوارث قلت المنازعات كثيراً فى هذا الشأن ، ولم تعد الناس فى حاجة للاحتيال وتسمية الوصية الصادرة للوارث باسم آخر « (١) . وقد فتح باب الوصية فعلاً للوارث ، فى الفترة ما بين وضع المشروع التمهيدى والمراحل التشريعية التالية للتقنين المدنى ، إذ أجاز قانون الوصية الصادر فى سنة ١٩٤٦ كما رأينا الوصية للوارث . ومع ذلكبقى نص المشروع التمهيدى على حاله ، واستقر نصاً من نصوص التقنين المدنى (٢) .

وقد عرض هذا النص لتصرف المورث « لأحد ورثته » ، لأن التصرف للوارث كان هو الغالب عندما كانت الوصية غير جائزة له . فإذا تصرف المورث لغير الوارث بأن باع مثلاً له داراً واحتفظ بحيازتها وبحق الانتفاع

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠١ .

(٢) وقد حاولنا تبرير ذلك فى الجزء الأول من الوسيط إذ قررنا « ويبرر ذلك القانون الجديد وميله إلى ترجيح جانب الوصية على جانب البيع أو الهبة ، مما يؤدى فى الغالب إلى تقييد التصرف ، أن باعث القضاء على التساهل فى تفسير التصرف على أنه بيع أو هبة لا على أنه وصية قد انطم . فقد كان القضاء يرجح جانب البيع أو الهبة على جانب الوصية لما كانت أحكام الوصية تضيق عن الإحصاء لوارث ، فكان القضاء يعالج بهذا التساهل عيباً فى القانون ليصح وصاياها ما يبررها فى ظروف الأسرة تحت ستار أنها بيع أو هبات منجزة . أما اليوم فقد عدل المشرع المصرى من أحكام الوصية ، فأجاز الوصية لوارث فيما لا يزيد على ثلث التركة وجعلها كالوصية لغير الوارث . فلم يعد هناك مقتضى لتسمية التصرفات بغير اسمائها الحقيقية ، وما دامت الوصية السافرة للوارث جائزة ، فلا محل إذن للوصية المستترة » (الوسيط ١ طبعة أولى فقرة ٣٨٨ فى أسفل ص ٥٩٨) .

والواقع من الأمران الوصية المستترة لا يزال لها محل حتى بعد أن جازت الوصية للوارث ، فالوصية للوارث لا تنفذ بغير إجازة باقى الورثة إلا فى ثلث التركة . ويقع أن المورث لا يكون له ابن يرثه ، فيلجأ إلى الوصية المستترة حتى يعطى لبنته أولزوجته كل ماله ، ولا يقنع بوصية سافرة لا تنفذ إلا فى ثلث التركة .

بها طول حياته ، ألا يجوز في هذا الفرض إعمال القرينة القانونية التي وردت في النص واعتبار التصرف وصية حتى يقوم الدليل على العكس ؟ لا شك في أن هناك ظروفا تدفع المورث إلى الإيصاء لغير الوارث بأكثر من ثلث التركة ، كما لو كان ورثته من غير الأقربين وكانت علاقة قوية تربطه بأجنبي يؤثر معها أن يوصي له بكل ماله أو بأكثره ، فليجأ في هذه الحالة إلى الوصية المستترة . ونرى أن الاحتفاظ بحيازة العين وبحق الانتفاع مدى الحياة ، في التصرف لغير الوارث ، إذا لم يصلح قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة مطاوعة لحرفية النص ، فلا أقل من اعتباره قرينة قضائية . وسواء اعتبر قرينة قانونية أو قرينة قضائية ، فهو في الحالتين يقبل لإثبات العكس .

وقد جعل النص من احتفاظ المورث في تصرفه بحيازة العين بأية طريقة كانت وبحقه في الانتفاع بها مدى الحياة قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة (١) . ويحتفظ المورث بحيازة العين وبالانتفاع بها مدى الحياة

(١) وهذا لا يمنع من قيام قرائن قضائية على أن التصرف وصية مستترة فيؤخذ بها ، إذ يجوز للطعن في هذه الحالة إثبات مطاعه بكل طرق الإثبات بما في ذلك القرائن القضائية ، وليس من الضروري قيام هذه القرينة القانونية . وقد قضت محكمة النقض بأن الشريعة الإسلامية قد جعلت الوارث إبان حياة مورثه حقا في ماله ينحصر به المورث عن التصرف بالوصية ، لوارث آخر . وهذا الحق يكون كامنا ولا يظهر في الوجود ، ولا يكون له أثر إلا بعد وفاة المورث . وعندئذ تبرز بقيام هذا الحق شخصية الوارث منفصلة تمام الا انفصال عن شخصية المورث في كل ما يطمئن به على تصرفات المورث الماسة بحقه ، وتنطبق عليه كما تنطبق على الأجنبي عن المورث أحكام القانون الخاصة بالطمئن على تصرفات المورث ، فيحل له إثبات مطاعه بكل طرق الإثبات . فاذا كان مدار النزاع أن المدعى عليهم في الطعن يطمنون على السند الذي تستمسك به الطاعة بأنه تصرف إنشاء من المورث أخرجه في صيغته مخرج تصرف إقراري بقصد إنشاء وصية للطاعة مع أنها من ورثته الذين لا يصح الإيصاء لهم إلا بأجازة سائر الورثة ، وقدم خصوم الطاعة وهم من الورثة أدلة تفيد أن السند المتنازع عليه وصية لم يجزها سائر الورثة ، فأخذت بهذه الأدلة وأبطلت السند ، فلا تريب عليها في ذلك (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٤ عاماً جز ٢٠ ص ١٢٠٨ رقم ٣٣) . وقضت أيضاً بأنه متى كان الحكم المعلوم فيه قد استخلص من ظروف الدعوى ومن الأدلة والقرائن التي أوردتها والتي من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها أن نية الطرفين قد انصرفت إلى الوصية لا إلى البيع المنجز ، فإنه إذ قضى المعلوم عليها بنسبها الشرعي في =

بطرق مختلفة . والطريقة المألوفة هي أن يشترط لنفسه في عقد بيع يصدر منه

= المقررات موضوع النزاع لا يكون قد خالف القانون (نقض مدني ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٣٦) . وقضت أيضاً بأنه لما كان للوارث أن يثبت طعنه في العقد التي قصد به الإضرار بحقه في الإرث بأي طريق من طرق الإثبات المقبولة قانوناً، كان للحكم أن يستخلص عدم جدية الثمن الوارد في العقد من القرائن القائمة في الدعوى ، ولو أدى ذلك إلى إهداره إقراره بالتصرف في العقد بأنه قبض الثمن بطريق المقاصة وفاء لدين قال إنه في ذمة مورث المستترين (نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٣٧) . وانظر أيضاً في نفس المعنى نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٣٤ - ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٧ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٢ رقم ٢٣ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٣ رقم ٢٩ - ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠١ رقم ٢١ - ١١ مايو سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠١ رقم ٣٥ - ١٨ يناير سنة ١٩٥١ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٢ رقم ٢٣ - ٢١ يونيو سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ص ٨٢٤ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ص ٨٤ - ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ص ١٤ رقم ١٣٧ ص ٩٨١ - ٩ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ص ١٥ رقم ١٠ ص ٤٣ .

وانظر في تصرفات كيفت بأنها وصايا مستترة لقيام قرائن قضائية تثبت ذلك : نقض مدني ٦ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ٩ (حصلت المحكمة فهم الواقع في الدعوى من دليل مقبول ينتج عنه عقلاً وذكرت القرائن التي استدلت بها على أن البيع حقيقة وصية مستترة) - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٥ رقم ١٦ (القرائن هي عدم تسجيل العقد ، وعدم دفع الثمن ، وبقاء العقد في حوزة المتصرف حتى وفاته) - ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ١٠ (المقار لم يخرج من حيازة للمتصرف طول حياته ، ولم يدفع ثمن عن التصرف ، والمقد عرف لم يسجل) - ١١ مارس سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ١١ (ورقة ضد بنفس تاريخ السند تضمنت تعهد المشتري بعدم المساس بملكية الأطيان طول حياة والديه البائمين له ، ثم بعد وفاتها يكون لأغواته نصيب معين في الأطيان - عدم دفع شيء من الثمن - سبب "البيع هو استكمال الابن النصاب القانوني العمودية) - أول أبريل سنة ١٩٤٣ (نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ٥) (قصد المتصرف أن ينحصر بعض أولاده دون غيرهم بكل ما يترك من عقار ومنقول - لم يسجل سند التصرف واحتفظ به المتصرف طول حياته - التصرف بشيء عوض - سند مماثل لسند التصرف يحرر في نفس اليوم ولكن لم يبين فيه الثمن) - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٦ رقم ١٨ (بقاء العقد في حوزة المورث بغير تسجيل حتى الوفاة - عدم تسجيله بعد ذلك لمدة تقرب من خمس سنوات - بقاء المورث متتبعاً بكل مظاهر الملكية : التأجير باسمه وبوصفه مالئاً ودفع الديون المقارية - فخر المتصرف له) - ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٦ رقم ١٩ (المتصرف له لم يدفع ثمناً - العقد وجد في خزنة المتصرف بعد وفاته - قبض =

حق الانتفاع بالعين المبيعة مدى الحياة ، مع منع المشتري من التصرف

أرباح السنوات التي استحققت بعد صدور العقد) - أول يونية سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٦ رقم ٢١ (باعت الزوجة لزوجها أرضاً ولكنها تصرفت بعد موته في حصة أكبر مما ترثه من الزوج ، ثم تصرفت في حصة أخرى مما دل على أنها لم تقتنه بالبيع الذي صدر منها لزوجها) - ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٦ رقم ٢٣ (زوجة باعت لزوجها كل ما تملكه - لم تسجل العقود - استمرت الزوجة واضحة يدها ظاهرة بمظهر المالك - عدم دفع ثمن) - ٦ مارس سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٧ رقم ٢٥ (صدور العقد من أب إلى ابنه في مرضه الأخير بغير مقابل إيثارة له على بناته - احتفاظ الأب بحق الانتفاع طول حياته - نفس الثمن) - ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٦ رقم ٢٢ (عدم دفع ثمن البيع - منع المشتريين من التصرف طول حياة البائع وعدم إلزامهما بدفع الأموال) - ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٤ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٥ رقم ١٥ (المورث لم يكن في حاجة إلى بيع أملاكه ولم يقبض ثمناً ، وظل واضحاً يده حتى الوفاة ، واحتفظ بعقد البيع دون تسجيل) - هذا ولا يكتفى بمجرد الطعن في التصرف لإهدار حجيته ، بل يجب على الطاعن أن يقيم الدليل بأى طريق من طرق الإثبات على أن التصرف حقيقته وصية : أنظر نقض مدني ٢٤ يونية سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢٨ ص ٨٠٨ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٩٢ ص ١٢٢٥).

وانظر في تصرفات لم تكفي بأنها وصايا مسترة لعدم قيام قرائن قضائية كافية تثبت ذلك : نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٨ رقم ٣٥ (حررت والدة لابنها سنداً بدين يستحق الوفاء وقت الطلب وسلمته لإياه ، ووجد السند بمنزل الابن عند حصر تركته) - أول فبراير سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٣٤٨ رقم ٢٧ (بيع منجز ووضع المشتري يده على المبيع ونص في العقد على أن له حق التصرف فيه - التزام البائع بالضمان - سجل العقد قبل وفاة البائع) - ١١ مارس سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ٨ (حرر المورث السند قبل الوفاة بنحو عشر سنوات ، وسلمه للصادر لها ، ونص فيه على سريان الفوائد) - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ نفس المجموعة جزء أول ص ٣٤٩ رقم ٣٣ (بيع منجز من والد لأولاده ، واشترط فيما بعد وجوب موافقة البائع على تصرف الأولاد في البيع وذلك على أثر رفع الأولاد على أبيهم دعوى بصحة التعاقد ، وكان ذلك تقادياً للاستمرار في التقاضي) - ٤ أبريل سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٣٤٩ رقم ٢٩ (تسلم المشتري العقد الابتدائي وشرع في التسجيل) - ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨٤ ص ٥٧٩ (أبيع لوارث الإثبات بجميع الطرق فلم يستطع تقديم الدليل على أن التصرف وصية) - ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣ (عجز المدعي عن أن تنجز التصرف فاعتبر بيعاً أوهية مستورة) - ٢٤ يونية سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢٨ ص ٨٠٨ (لا يكتفى لإثبات أن المشتري ابن البائع وكان يقوم بمعاونة والده في زراعة الأرض حتى وفاته وأن عقد البيع لم يسجل) .

في الرقبة . وبذلك يبقى حائزاً للعين باعتباره منتفعاً لا مالكا ، ويبقى حائزاً لها مدى حياته ، دون حاجة إلى تتبع حقه في الانتفاع في يد الغير بفضل شرط المنع من التصرف في الرقبة (١) . ويصح ، للاحتفاظ بحيازة العين المبيعة وبالانتفاع بها مدى الحياة ، أن يلجأ إلى طريقة أخرى وإن كانت غير مألوفة . وذلك بأن يستأجر العين مدة حياته من المشتري ، بأجرة يحصل على مخالصة بها دون أن يدفع شيئاً (٢) . وقد علمنا عند الكلام في عقد الإيجار أن الإيجار لمدة حياة المستأجر جائز (٣) ، وأن الإيجار صحيح حتى لو نزل المؤجر عن الأجرة بعد أن ثبتت لمفى ذمة المستأجر (٤) ، جر فأولى أن يكون صحيحاً لو أعطى المؤجر للمستأجر مخالصة بالأجرة المستحقة عن مدة الإيجار بأكملها . ويتمكن المورث بهذه الطريقة من أن يستبقى حيازة العين في يده وأن ينتفع بالعين مدى حياته ، وذلك بموجب عقد الإيجار . أما مجرد الانتفاع الفعلي الذي لا يستند إلى حق قانوني فلا يكفي لقيام القرينة القانونية ، إذ لا يكون زمام الانتفاع بالعين في هذه الحالة في يد المتصرف ، بل يكون موكولاً إلى مشيئة المتصرف إليه ، فيستطيع أن ينتزع الانتفاع من يد المتصرف متى أراد (٥) .

(١) ويبدو أن احتفاظ المورث بحق الانتفاع طول حياته كاف وحده لقيام القرينة القانونية ، فهو يتضمن اشتراط الانتفاع بالعين مدى الحياة واستبقاء الحيازة في يده بصفته منتفعاً . وقد يضيف إلى ذلك عدم تسجيله البيع وتصرفه في العين تصرف المالك ، فيكون بذلك قد قوى القرينة ودعها .

(٢) وعليه في هذه الحالة أن يسجل عقد الإيجار لا حتم أن تزيد مدته على تسع سنوات ، وكذلك المخالصة بالأجرة لا حتم أن تزيد مدتها على ثلاث سنوات ، وذلك حتى يكون كل من عقد الإيجار والمخالصة نافذاً في حق الغير .

(٣) الوسيط ٦ فقرة ١١٦ ص ١٤٥ .

(٤) الوسيط ٦ فقرة ١٢٨ ص ١٦٥ هامش ٣ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود من الاحتفاظ بالحق في الانتفاع وفقاً للمادة ٩١٧ مدني هو أن يكون المتصرف المنتفع بالعين مدى حياته مستنداً إلى حق ثابت لا يستطيع المتصرف إليه تجريدته منه . ويكون ذلك إما عن طريق اشتراط حق المنفعة وعدم جواز التصرف في العين ، أو عن طريق الإيجار مدى الحياة ، أو عن طريق آخر مماثل . ومن ثم لا يكون لقيام القرينة القانونية أن يحتفظ المتصرف بالحيازة والانتفاع لحساب الغير ولو كان ذلك لدى حياة المتصرف ، إذ يكون الحق في الانتفاع في هذه الحالة مقررراً =

والاحتفاظ بمجازة العين وبالانتفاع بها مدى الحياة^(١) ، وإن قام قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة ، ليس بالقرينة القاطعة . بل يجوز لمن تصرف له المورث أن يلحق هذه القرينة بآثار العكس^(٢) ، ولو عن طريق تقديم قرائن قضائية مضادة . فيصح أن يثبت المشتري من

هذا التبر . كما لا يكتفى أن ينتفع المتصرف بالعين انتفاعاً فعلياً حتى وفاته ، دون أن يكون مستنداً في هذا الانتفاع إلى مركز قانوني يخوله حقاً في الانتفاع . وفاد ما تنص عليه المادة ٩١٧ مدني هو أن القرينة التي تفترضها لا تقوم إلا باجتماع شرطين ، أولهما هو احتفاظ المتصرف بمجازة العين المتصرف فيها ، وثانيهما احتفاظه بحقه في الانتفاع بها ، عل أن يكون الاحتفاظ بالأمرين مدى حياته . فإذا كان الحكم المعلوم فيه قد انتهى بأسباب سائفة إلى أن حيازة المورث للأعيان المبيعة منه إلى ورثته واستغلالها بعد البيع لم يكن لحساب نفسه ، ولكن لحسابهم تنفيذاً للتوكيل الصادر منهم إليه ، فإن الحكم يكون قد نفى احتفاظ المورث بحقه في الانتفاع بالأعيان المتصرف فيها مدى حياته ، مما تنفي به القرينة القانونية الواردة في المادة ٩١٧ مدني (نقض مدني ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨٤ ص ٥٧٩) . وانظر أيضاً نقض مدني ١٤ يونيو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢٨ ص ٨٠٨ .

وإذا كان مجرد الانتفاع بالفعل الذي لا يستند إلى حق قانوني لا يكتفى لقيام القرينة القانونية ، فإنه يجوز للمحكمة مع ذلك أن تستخلص من قرينة قضائية لاقربة قانونية (إسماعيل غانم ص ٣٢ و ص ٢٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٣٨ ص ٨١٤) .

(١) ويقع عبء إثبات ذلك على الوارث أو الدائن ، فعليه أن يثبت أن المورث قد احتفظ بمجازة العين وبحقه في الانتفاع مدى الحياة ، فتقوم القرينة . ويصح أن يظن المورث نفسه في التصرف الصادر منه على أساس أنه وصية وقد رجع فيها ، فيقع عليه هو أيضاً عبء إثبات قيام القرينة القانونية . وما كانت هذه القرينة القانونية قد استحدثتها التقنين المدني الجديد ، فإنها لا تكون ذات أثر رجعي ، ولا تسري على التصرفات الصادرة من المورث قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٣٩) . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن القاعدة الواردة بالمادة ٩١٧ مدني مستحدثة ولم يكن لها نظير في التقنين المدني ، والقرينة التي استحدثتها هذه المادة ، لا تصلح لموضوع الحق انتصالياً وثيقاً ، لا يجوز إعطائها بأثر رجعي على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدني القائم (نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣) . ولكن يجوز للقاضي أن يتخذ منها ، في هذه التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالتقنين المدني الجديد ، مجرد قرينة قضائية .

(٢) نقض مدني ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨٤ ص ٥٧٩ - ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣ .

المورث أن التصرف الصادر به هو بيع منجز أو هبة منجزة مستترة في صورة البيع ، وليس بوصية مضافة إلى ما بعد الموت . وذلك بأن يثبت مثلا أن البيع قد سجل وقد نقل له التكليف ، وأن البائع قد نزل عن شرط المنع من التصرف ، وأن احتفاظ البائع بالحيازة يرجع إلى أن المشتري قاصر وقد يأسر البائع الحيازة نيابة عنه باعتباره وليا ، وأن احتفاظ البائع بمنفعة العين مدى حياته يقابله إنقاص الثمن بما يتناسب مع هذه المنفعة .

فإذا دحض من تصرف له المورث القرينة القانونية باثبات عكسها على النحو سالف الذكر ، فإن التصرف لا يعتبر وصية مستترة ولا تسرى عليه أحكام الوصية ، بل يعتبر بيعا منجزا أو هبة منجزة وتسرى عليه أحكام البيع أو الهبة (١) . وإذا لم يستطع من تصرف له المورث دحض القرينة باثبات العكس ، وهذا هو الغالب في العمل ، بقيت القرينة قائمة ، واعتبر التصرف وصية مستترة تسرى عليها أحكام الوصية (٢) . ومن ثم لا تنفذ في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة إلا إذا أجازوها ، ولا تسرى

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة بعد أن استظهرت أقوال الشهود إثباتا ونفيا ، واستعرضت شروط التعاقد ، قدرت بسلطتها الموضوعية أن العقد جدي لا صوري فيه ، ورأت أن الادعاء بذلك لا تسح به ظروف التعاقد ولا مركز الطرفين ، ثم اضطرت إلى دفاع الطاعنين المتضمن عدم مقدرة الابن على الشراء وأن العقد غير منجز بسبب عدم وضع يد المشتري وأنه وصية عملا بالمادة ٩١٧ مدني ، فردت عليه واعتبرت للأسباب الساتفة التي أوردتها أن نية المتاعنين قد انصرفت إلى تمليك الابن الألبان موضوع التصرف في الحال ، وإن تراخى تسليمها إلى ما بعد الوفاء بالثمن ، فإن التي على حكمها المطعون فيه بالقصور وبمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدني ٢٣ يونيو سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ٤٣٢) .

(٢) وحق الوارث في الطعن في تصرف المورث بأنه في حقيقته وصية لا بيع وبأنه قد قصد به التحايل على أحكام الإرث ، سواء لأن التصرف قد صدر في مرض الموت أو لقيام قرائن قانونية أو قضائية على أنه وصية مستترة ، حق خاص مصلوه القانون ، وليس حقا يتلقاه عن مورثه ، وإن كان هذا الحق لا ينشأ إلا بعد وفاة المورث . ومن ثم لا يكون الحكم الصادر قبل المورث بصحة التصرف بالبيع حجة عليه ، إذ يعد الوارث في حكم الغير فيما يخص بتصرفات مورثه الفارة به والماسة بحقه في الإرث (نقض مدني ٢١ يونيو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٢٣ ص ٨٢٤) . وانظر أيضاً نقض مدني ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٤ ص ٥٢٥ .

في حق دائني الشركة أصلاً بل يقدم حق الدائن على حق الموصي له . ويجوز للموصي في حال حياته أن يعدل عن الوصية ، فتنسقط بالعدول عنها ، وكذلك تنسقط إذا مات الموصي له قبل موت الموصي (١) .

المبحث الثالث

شهر الوصية

٨٥ - مشروع الوصية لا شهر من قانونه تنظيم الشهر العقاري :
قدمنا (٢) أن قانون التسجيل المصادر في سنة ١٩٢٣ لم يجعل الوصية بالعقار خاضعة للتسجيل ، إذ أن التصرفات التي أخضعها للتسجيل هي التصرفات فيما بين الأحياء والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت . وقد كان عدم إخضاع الوصية وحق الإرث للشهر نقصاً واضحاً في قانون التسجيل ، إذ أن ذلك كان يقطع حلقات تسلسل الملكية العقارية كما سبق القول (٣) .

وقد تلافى هذا النقص قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ المعمول به منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ ولا يزال معمول به حتى اليوم ، إذ أخضع كلا من الوصية بالعقار وحق الإرث للشهر .

فالوصية إذن ، كحق الإرث ، لا تخضع للشهر إلا بموجب قانون تنظيم الشهر العقاري ، أي منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ . وعلى ذلك فالوصية الصادرة من شخص توفي قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ لا تخضع للشهر .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التصرف المقصود في المادة ٩١٧ مدني هو ما يرد على ملكية العين أو على حق عيني فيها . أما الإقرار بالحق في الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء الوقف الأهلي ، وهي تقضي بأن يعتبر إقرار الواقف بأشهاد رسمي بتلق العوض أو بثبوت الحق فيه حجة على ذوي الشأن جميعاً متى صدر في خلال الثلاثين يوماً التالية للفتح بالقانون ، فأنما ينصب على تلقى العوض . ومن ثم لا يعتبر هذا الإقرار تصرفاً في معنى المادة ٩١٧ مدني ولا يخضع لحكمها (نقض مدني ٢١ فبراير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٤٠ ص ٢٧٠) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٦٨ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٦٨ .

وتسمى دلى هذه الوصية ، من حيث عدم خضوعها للشهر ، أحكام قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ ، فتنتقل بها ملكية العقار الموصى به من الموصى إلى الموصى له وقت وفاة الموصى دون حاجة إلى التسجيل .

٨٦ - كيف يتم شهر الوصية طبقا لقانونه تنظيم الشهر العقارى :
تنص المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى على ما يأتى : « جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، يجب شهرها بطريق التسجيل ، ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تزول ، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن » . ونرى من ذلك أن قانون تنظيم الشهر العقارى قد نص صراحة على وجوب شهر الوصية بعقار ، باعتبار أنها تصرف من شأنه نقل ملكية هذا العقار من الموصى إلى الموصى له . وقد ذكر الوصية بالذات من بين التصرفات التى يجب شهرها ، حتى يزيل كل لبس فى هذه المعاملة . فقد قدمنا أن قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ لم يكن يخضع الوصية للشهر ، لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فى حين أن التصرفات التى تخضع للتسجيل طبقا لهذا القانون هى التصرفات فيما بين الأحياء . فأطلق قانون تنظيم الشهر العقارى لفظ « التصرفات » ولم يقيد بها بأنها تصرفات فيما بين الأحياء ، ثم عاد فذكر الوصية بالذات كما قدمنا إمعانا منه فى التأكيد بأن الوصية تخضع للشهر .

وتشهر الوصية بطريق التسجيل ، كما هو صريح النص . وتشهر بعد وفاة الموصى وقبل الموصى له إياها ، إذ فى ذلك الوقت يتحقق أن الوصية تصرف نهائى من شأنه أن ينقل الملكية للموصى له . أما شهر الوصية عند صدورهما وقبل وفاة الموصى فسيعرض عملية التسجيل للنقض إذا رجع الموصى عن الوصية ، إذ يجب عند ذلك التأشير على هامش التسجيل برجوع الموصى . كذلك يكون الأمر إذا شهرت الوصية بعد وفاة الموصى وقبل قبول الموصى له إياها ، فقد يردها الموصى له وعند ذلك يجب التأشير على

هامش التسجيل بالرد . ومع ذلك يجوز للموصى أن يسجل الوصية باختياره بعد صدورها وقبل وفاته حتى يؤكد وجودها ويعلمه ، فإذا لم يوثق على هامش التسجيل برجع الموصى عنها أو برد الموصى له إياها ، بقي التسجيل نافذ المفعول وانتقلت الملكية إلى الموصى له عند وفاة الموصى (١) .

والذى يقوم بتسجيل الوصية هو الموصى له بعد وفاة الموصى ، وقد يقوم بتسجيلها الموصى في حياته كما قدمنا .

والمحرم الذى يسجل هو السند المثبت للوصية ، أى الورقة الرسمية التى حررت لإثبات الوصية ، أو الورقة العرفية المصدق فيها على إمضاء الموصى ، أو الورقة العرفية المكتوبة كلها بخط الموصى والموقع عليها بامضائه . وقد يقوم نزاع في شأن الوصية ، فيستصدر الموصى له حكما نهائيا بصحتها ، ويقوم بتسجيل هذا الحكم .

ويدفع رسم نسبي عن تسجيل الوصية ، هو نسبة مئوية من قيمة العقار الموصى به وقت التسجيل . ويتم التسجيل في مكتب الشهر الذى يوجد العقار الموصى به في دائرته .

وجزاء عدم تسجيل الوصية هو ، كما تقول المادة ٩ من قانون الشهر العقارى سائلة الذكر ، أن ملكية العقار الموصى به لا تنتقل لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . فهى لا تنتقل بين ذوى الشأن ، فتبقى في التركة عند الورثة ، ولا تنتقل إلى الموصى له (٢) . وهى لا تنتقل بالنسبة إلى الغير ، فلو أن الورثة رتبوا على العقار الموصى به حفا عينيا وبجل هذا الحق قبل تسجيل الوصية ، لم يجز الاحتجاج بالوصية على من ترتب له الحق العيني وقام بتسجيله . وقد قدمنا عند الكلام في شهر حق الإرث أن الموصى له إذا أشر بالوصية على هامش تسجيل حق الإرث في خلال السنة التالية لهذا التسجيل ، كان له أن يسجل الوصية في خلال هذه السنة .

(١) قارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٠١ ص ٦٥٠ - وسرى أنه إذا توفى الموصى تقدم الموصى له بالمستندات المثبتة لوفاته ولقبوله هو الوصية ، فيقوم مكتب الشهر بالتأشير بذلك في هامش تسجيل الوصية (أنظر حايلى فقرة ٨٧) .

(٢) ويترتب على ذلك أن الموصى له لا يستطيع التصرف في العقار الموصى به قبل تسجيل الوصية .

فاذا قام بالتسجيل فى خلال هذه المدة ، كان له أن يحتج بالوصية على من ترتب له حق عيى على العقار الموصى به . ولو سجل هذا الأخير حقه العيى قبل تسجيل الوصية^(١) . أما إذا سجل الموصى له الوصية بعد انقضاء هذه المدة ، فالعبرة بتاريخ التسجيل ، ولا يحتج الموصى له بالوصية إلا إذا كان تسجيله سابقا على تسجيل من ترتب له حق عيى على العقار الموصى به^(٢) . وتقول المادة ٩ من قانون الشهر العقارى منالفة الذكر أيضا إن الوصية غير المسجلة لا يكون لها من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن . وعلى ذلك يكون هناك التزام شخصى على التركة بنقل ملكية العقار الموصى به إلى الموصى له ، ويجوز لهذا الأخير أن يرفع دعوى بصحة الوصية ونفاذها على الورثة إذ هم الذين يمثلون التركة . ويسجل صحيفة الدعوى ، ومتى صدر الحكم بصحة الوصية ونفاذها أشر بهذا الحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى .

٨٧ - إجراءات شهر الوصية طبقا لقانونه تنظيم الشهر العقارى : نستعرض هنا أربع صور ، يختلف بعضها عن بعض فى إجراءات الشهر . ففي الصورة الأولى تكون الوصية موثقة فى ورقة رسمية أو محررة فى ورقة عرفية مصلق فيها على إمضاء أو ختم الموصى . ويقوم بتسجيلها الموصى له بعد وفاة الموصى وبعد أن يكون الموصى له قد قبلها . وفى الصورة الثانية تكون الوصية فى وضع الصورة الأولى ، ولكنها تكون محررة فى ورقة عرفية مكتوبة كلها بخط الموصى وعليها إمضاءه . وفى الصورة الثالثة يقوم الموصى نفسه فى حالة حياته بتسجيل الوصية ، سواء كانت الوصية موثقة فى ورقة رسمية أو محررة فى ورقة عرفية . أما الصورة الرابعة . فهى صورة الوصية الواجبة التى سبق بيانها^(٣) .

(١) إسماعيل غانم ص ١٥١ - عبد المنعم فرج الصلة فترة ٤٩٤ ص ٧٤٠ وفترة ٥٣٣ ص ٧٩٧ - ص ٧٩٨ - حسن كيرة ص ٤٢ .

(٢) قارن محمد كامل مرسى ٦ فترة ٥٧ ص ٧٩ - ص ٨٠ - محمد على عرفة فى مقال له فى الجديد فى نظام الشهر العقارى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٤٨ ص ٥٦٧ - ص ٥٦٨ .

(٣) أنظر آنفاً فترة ٧٩ .

١ - فى الصورة الأولى حيث يقوم الموصى له بعد وفاة الموصى بتسجيل الوصية الموثقة فى ورقة رسمية أو المحررة فى ورقة عرفية مصلق فيها على إمضاء الموصى أو ختمه ، وهذه هى الصورة الغالبة ، يقدم الموصى له إلى مكتب الشهر المختص ، وهو المكتب الكائن فى دائرته العقار الموصى به ، الورقة الرسمية أو الورقة العرفية محررة على الورق الأزرق . ويرفق بالوصية المستند المثبت لوفاة الموصى وإحصار إرثه فى ورثته ، وكذلك إقرارا بقبوله هو للوصية . وبعد استيفاء مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشروعات ، يقوم مكتب الشهر بتسجيل الوصية وتصويرها وإخطار الجهات المختصة ، ويرسل صورة من الوصية للمحافظة الكائن فى دائرتها العقار الموصى به لنقل التكليف الخاص بهذا العقار من اسم الموصى لاسم الموصى له .

٢ - وفى الصورة الثانية ، التى هى كالصورة الأولى ولكن الوصية فيها محررة فى ورقة عرفية بيضاء مكتوبة كلها بخط الموصى وعليها إمضاءه ، قد يستطيع الموصى له . أن يتفق مع ورثة الموصى على تحرير ورقة يوقعون عليها جميعا بقبول الموصى له للوصية وإقرارها من ورثة الموصى . وفى هذه الحالة تحرر قائمة جرد لشهر حق الإرث على الورق الأزرق ، وتتضمن القائمة بيانا خاصا بالوصية وبيانا آخر خاصا بحق الإرث . ويقدم الموصى له لمكتب الشهر الكائن فى دائرته العقار الموصى به الوصية مرفقا بها قائمة الجرد والورقة الموقع عليها منه بقبول الوصية ومن الورثة بإقرارها . وبعد استيفاء مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشروعات ، ثم التوقيع على قائمة الجرد من الموصى له والورثة بمكتب الشهر المختص ، يتم تسجيل الوصية مع تسجيل حق الإرث مرة واحدة . ثم يصور سند الوصية وسند الإرث وقائمة الجرد ، وتحضر الجهات المختصة ، وكذلك تحضر المحافظة المختصة لنقل التكليف من اسم المورث لاسم الموصى له بالقدر الموصى به ، ولاسم الورثة بالقدر الباقى بعد الوصية .

وإذا لم يستطع الموصى له الاتفاق مع الورثة ، فعليه أن يستصدر حكما من المحكمة المختصة فى مواجهة الورثة بصحة الوصية ونفاذها . ويسجل

عريضة الدعوى ، كما يؤثر بمضمونها على هامش تسجيل حق الإرث .
وعليه ، عند صدور الحكم بصحة الوصية ونفاذها ، أن يؤثر به على هامش
تسجيل عريضة الدعوى . وبذلك يتم تسجيل الوصية ، وتنتقل ملكية العقار
الموصى به إلى الموصى بهذا التسجيل ، ولكن من يوم وفاة الموصى لا من
يوم التسجيل .

٣ - وفي الصورة الثالثة حيث يقوم الموصى نفسه في حالة حياته
بتسجيل الوصية ، يقدم هذا الأخير لمكتب الشهر الكائن بدائرته العقار الموصى
به محرر الوصية بعد توثيقه أو بعد التصديق على التوقيع فيه . وبعد استيفاء
مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشروعات والتأشير بها على محرر
الوصية ، يقوم مكتب الشهر بتسجيل هذا المحرر . ولكنه يمتنع عن التأشير
عليه بخاتم ناقل للتكليف ، لأن الملكية لا تنتقل إلى الموصى له إلا عند وفاة
الموصى . فإذا ما توفى الموصى ، تقدم الموصى له بالمستندات المثبتة لوفاته
ولقبوله هو للوصية . فيقوم مكتب الشهر بالتأشير بذلك في هامش تسجيل
الوصية وباخطار الجهات المختصة ، وكذلك باخطار المحافظة المختصة لتقوم
بنقل التكليف لاسم الموصى له (١) .

٤ - وفي الصورة الرابعة وهي صورة الوصية الواجبة ، إذا وجد
أصحاب وصية واجبة وقد سبق بيان من هم (٢) ، يبدأ بتحديد نصيبهم
في قائمة الجرد الخاصة بشهر حق الإرث ، وما يتبقى يكون تركة لباقي
الورثة يوزع بينهم بحسب أنصبتهم في الميراث ويبين ذلك في قائمة الجرد .

(١) ويقول الدكتور محمود شوق : « كان الأصل أن يحصل الموثق عند توثيق الوصية
أو التصديق على التوقيع عليها رسوم انتقال كاملة . . ، شأنها في ذلك شأن باقي المحررات
الخاصة بالشهر . ولكن رأى المكتب الرئيسي ، نظراً لإمكان عدول الموصى عن وصيته حال
حياته ، أن يكتفى بتحصيل رسم التصديق أو رسم التوثيق . . . فإذا تمت الوصية بوفاة الموصى
وقبول الموصى له صراحة أو ضمناً ، كلف بإداء رسوم انتقال الملكية . . . ومع ذلك فلا مانع
من تحصيل جميع رسوم الشهر إذا ما رغب الموصى في ذلك ، إذ قد يكون غرضه أداء الرسم مقدماً
فيابة عن الموصى له ، توفيراً لما قد يكلفه هذا من أعباء مالية » (محمود شوق في الشهر العقاري
علماً وملاص ٢٨١) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٧٩ .

ويقدم الإعلام الشرعى المثلث لوفاء المورث وانحصار إرثه فى وزرته أو ما يقوم مقام هذا الإعلام لمكتب الشهر المختص . ومعه قائمة الخرد . وذلك بعد استيفاء مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشروعات . فيقوم المكتب بتسجيل شهادة الإرث وقائمة الخرد وتصويرها . وإرسال الصور للجهات المختصة . ومنها المحافظة المختصة لتقوم بنقل التكليف لاسم أصحاب الوصية الواجبة وورثة المورث (١) . ولا يستحق على شهر الوصية الواجبة أو الحكم المثلث لها أى رسم نسبي على انتقال الملكية ، إذ أن أصحاب الوصية الواجبة ملحقون بالورثة . فلا يدفعون الا رسم التصوير ورسم الحفظ (٢) .

٨٨ - شهر الوصية فى قانونه السجل العيى : وقد قدمنا أن قانون .

السجل العيى رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ لا يطبق إلا فى الأقسام المساحية التى يصدر بتعيينها قرار من وزير العدل . وأنه إلى اليوم لم يصدر قرار بتعيين أى قسم مساحى يسرى عليه هذا النظام . ولذلك فإن قانون تنظيم الشهر العقارى لا يزال هو القانون المعمول به فى جميع أنحاء البلاد (٣) .

ونورد هنا النص الخاص بشهر الوصية فى قانون السجل العيى ، وهو مماثل لنص المادة ٩ من قانون الشهر العقارى التى أسلفنا ذكرها (٤) ؛ فنص المادة ٢٦ من قانون السجل العيى على ما يأتى : « جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله . وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، يجب قيدها

(١) ويقول الدكتور محمود شوق : « وإذا كان الإعلام الشرعى خلوا من ذكر أصحاب الوصية الواجبة ، وجب عليهم استصدار حكم شرعى باستحقاقهم . وهذا الحكم يخضع للشهر بطريق التسجيل والتأشير بمنطوقه على هامش تسجيل حق الإرث ، الذى يجب أن يبادر إلى تسجيله أصحاب الحق فى الوصية الواجبة محافظة على حقوقهم ، والتأشير على هامشه بصحيفة الدعوى المقامة بانبات أحقيتهم لتسييم و التركة » (محمود شوق فى الشهر العقارى علماً وعلا ص ٢٨٣) .

(٢) أنظر فى إجراءات شهر الوصية طبقاً لقانون الشهر العقارى محمود شوق فى الشهر العقارى علماً وعلا ص ٢٨٠ - ص ٢٨٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٧١ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٨٦ .

في السجل العيني . ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية . ويترتب على عدم القيد أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم ، ولا يكون للتصرفات غير المقيدة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن » . وقد نص قانون السجل العيني . كما نص قانون تنظيم الشهر العقارى . صراحة على وجوب شهر الوصية .

ويتم قيد الوصية في قانون السجل العيني بطريقة مماثلة للطريقة التي يتم بها تسجيلها في قانون الشهر العقارى : من حيث الوقت الذى يتم فيه القيد . وتعين من يقوم بالقيد : والمحرر الذى يقيد . وجزاء عدم القيد ، وقد بسطنا ذلك فيما تقدم (١) .

وأهم فرق بين القانونين هو أن التسجيل في قانون الشهر العقارى ليست له حجية مطلقة . أما القيد في السجل العيني فله هذه الحجية ، وقد نصت المادة ٣٧ من قانون السجل العيني على أن « يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه . ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل » .

الباب الثالث

كسب الملكية

فيما بين الأحياء

الفصل الأول

الاتصاق

٨٩ - مفومات الاتصاق ونكيبه القانونى : الاتصاق هو اندماج أو اتحاد شيئين متميزين أحدهما عن الآخر . وملوكين للمالكين مختلفين ، دون اتفاق بينهما على هذا الاندماج .

ويجب فى الاندماج أن يكون بحيث يتعذر الفصل ما بين الشيين ، دون تلف يلحق بأحدهما أو بكليهما . فالكثر المدفون فى الأرض لا يعتبر ملتصقا بها ، إذ يمكن فصله عن الأرض دون تلف يلحق بأى منها . وإذا كان صاحب الأرض يمتلك الكثر فى القانون المصرى ، فانه لا يمتلكه بسبب الاتصاق ولكن بحكم القانون (١) .

ويجب أن يكون الشيطان متميزين أحدهما عن الآخر ، فالإصلاحات أو التحسينات التى يجربها الحائز فى ملك غيره لا تعتبر شيئاً متميزاً عن الشيء الذى يجرى فيه الإصلاح أو التحسين ، ومن ثم لا تسرى عليها أحكام الاتصاق ، بل تسرى عليها أحكام المصروفات (م ٩٨٠ مدنى) (٢) .

(١) أنظر أنفاً فقرة ١١ - عيد المنم البدرأوى فقرة ٣٢ ص ٤١ .

(٢) بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧٢ - عيد المنم البدرأوى فقرة ٣٢ ص ٤١ - وتقضى المادة ٩٨٠ مدنى فى المصروفات الضرورية بأن يردها المالك كلها للحائز . وفى المصروفات الكالية بأن يكون للمالك الخيار بين المطالبة بنزعها أو دفع قيمتها مستحقة الإزالة . أما فى المصروفات النافعة ، فتحيل المادة ٩٨٠ مدنى على أحكام الاتصاق ، وتميز بين الحائز حسن النية والحائز سوء النية طبقاً لهذه الأحكام .

كذلك الثمار التي تتولد من الشيء ، سواء كانت ثمارا طبيعية أو مستحدثة أو مدنية ، ليست متميزة عن الشيء مستقلة عنه بل هي متولدة منه ، ولذلك لا تسرى عليها أحكام الالتصاق ، بل تسرى عليها أحكام الثمار (م ٩٧٨ - ٩٧٩ مئتي) . وكالثمار المنتجات ، إذ منتجات الشيء جزء منه ، وليست شيئا مستقلا عنه .

ويجب أن يكون الشيطان مملوكين للمالكين مختلفين ، فلو أقام شخص عماله بناء في أرضه لم يملك البناء بالالتصاق ، وإنما يملكه من الأصل إذ أقامه عماله . وإذا وجد في أحوال الالتصاق ، كما سنرى ، حلة يبدو فيها لأول وهلة أن أحد الشئين غير مملوك لأحد ، وهي حالة الأرض التي تتكون من طمي النهر إذ قد يقال إن الطمي لا يملكه أحد ، فالصحيح أن الطمي قبل أن يملكه المالك المجاور بالالتصاق كان ملكا عاما فهو ملك الدولة (١) ، وقد تحول إلى ملك خاص وتملكه المالك المجاور بالالتصاق . ولو كان الطمي غير مملوك لأحد ، لوجب القول بأن المالك المجاور يملكه بالاستيلاء لا بالالتصاق .

ويجب أخيرا ألا يكون هناك اتفاق بين المالكين السابقين سابق على الاندماج ، فالصانع إذا أخذ من رب العمل المادة التي يستخدمها وأدفع فيها مادة من عنده فأصبحتا شيئا واحدا ، ملك رب العمل هذا الشيء بعقد المقاول لا بالالتصاق ، لسبق وجود اتفاق بين المالكين .

والالتصاق ، على هذا النحو ، هو واقعة مادية تكون سببا لكسب الملكية . فاندماج أحد الشئين في الشيء الآخر ، وهذه هي الواقعة المادية ، تكسب ملكية أحد الشئين للمالك الشيء الآخر . ذلك أن الشئين بهذا الاندماج قد أصبحا شيئا واحدا ، إذ يتعذر الفصل فيما بينهما دون تلف كما سبق القول . ولما لم يكن هناك اتفاق سابق بين المالكين على من منهما يملك هذا الشيء بعد الاندماج ، فقد كان يمكن القول إن الشيء يكون

(١) وقد قدمنا في الجزء الثامن من الوسيط أن الأملاك العامة يثبت فيها الدولة حق ملكية

مملوكا لهما على الشيوع ، كل بنسبة قيمة الشيء الذى كان يملكه مفرزا . ولكن هذا الحل غير مناسب من الناحية الاقتصادية في أكثر الأحوال ، ولذلك تدخل القانون فأسند ملكية الشيء كاملا بعد الاندماج إلى أحد المالكين ، إلا في حالات استثنائية أوجب فيها الفصل فيما بين الشئيين ولو أدى هذا الفصل إلى إتلاف أحدهما . واختار من المالكين مالك الشيء الأصلي فجعله مالكا للشيء التابع الذى اندمج في الشيء الأصلي ، على أن يعرض مالك الشيء التابع عن فقد ملكيته . وهذا هو الحل المعقول ، فالك الأصلي هو الذى يملك التبعية (١) . بقى أن نعرف كيف ميز القانون بين الشيء الأصلي والشيء التابع . لم نغم هناك صعوبة في أهم صور الالتصاق وهى صور الالتصاق بالمقار ، فهذه الصور كما سنرى ، يلتصق فيها منقول (٢) بالأرض . فاعتبرت الأرض هى الشيء الأصلي في جميع هذه الصور ، حتى لو كانت أقل قيمة من المنقول الذى التصق بها ، كما لو أقيم بناء ضخم على أرض قيمتها أقل بكثير من قيمة البناء . أما في صور الالتصاق

(١) وإذا كان الشيء الأصل محلا بحق انتفاع أو بحق ارتفاق أو كان له حق ارتفاق ، فإنه عندما يتلصق فيه التبعية يند إلى التبعية حق الانتفاع أو حق الارتفاق سلباً كان أو إيجابياً ، لأن الأصل والتبعية يصبحان شيئاً واحداً (شفيق شحاته فقرة ٢٢٥ ص ٢٣٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٠ ص ٣٦٤) .

(٢) والمألوف أن يقسم الالتصاق بالمقار إلى حالتين : حالة التصاق عقار بمقار في التصاق الطلى بالأرض المجاورة ، وحالة التصاق منقول بمقار في التصاق المنشآت بالأرض . فتكون هناك أحوال ثلاث للالتصاق : التصاق عقار بمقار ، والتصاق منقول بمقار ، والتصاق منقول بمنقول (أنظر في هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٧ - شفيق شحاته فقرة ٢٢٥ ص ٣٣٣ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣١) .

والصحيح أن حالة التصاق الطلى بالأرض المجاورة لا تعد أن تكون حالة التصاق منقول بمقار ، فالطلى قبل أن يلتصق بالأرض المجاورة وهو في حالة تراكبه قد تحول من عقار إلى منقول ، ثم التصق بالأرض فأصبح عقاراً بطبيعته ، شأنه في ذلك شأن مواد البناء كانت متقولا ولما شيد بها البناء على الأرض أصبحت عقاراً (أنظر في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٠٩ ص ٢٩١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠ - إسمايل غانم ص ٥٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١٣ ص ٢٨١ هامش ١ - حسن كبيرة ص ٥٨) . فلا يكون هناك إذن إلا حالتان للالتصاق : (١) التصاق منقول بمقار ، وهذا الالتصاق إما أن يكون التصاقاً طبيعياً بفعل المياه وهو التصاق الطلى بالأرض ، أو التصاقاً صناعياً بفعل الإنسان وهو التصاق المنشآت بالأرض . (٢) التصاق منقول بمنقول . وعلى ذلك يكون الشيء الذى التصق بشيء ، وأصبح مملوكاً بسبب الالتصاق متقولا على الدوام .

بالمقول وهي صور نادرة . فقد ترك القانون الأمر فيها للمحكمة «مسترشدة بقواعد العدالة ، ومراعية في ذلك الضرر الذي حدث . وحالة الطرفين ، وحسن نية كل منهما» (م ٩٣١ مدني) . فإذا استطاع القاضي أن يميز الشيء الأصلي من الشيء التابع ، ولم تحمل قواعد العدالة أو الظروف المحيطة بالمالكين ، وبخاصة ظرف سوء النية ، دون أن يجعل مالك الشيء الأصلي هو المالك للشيء التابع ، فعل ذلك . وقد يجعل ، عند عدم استطاعة التمييز بين الأصل والتبع ، الشيء مملوكا على الشيوع للمالكين معا .

فالقاعدة إذن أن مالك الشيء الأصلي هو الذي يملك الشيء التابع ، ويملكه بسبب واقعة مادية هي واقعة الالتصاق . ولا يجوز الخلط ، كما قدمنا ، بين تملك المالك للثأر المتولدة من الشيء وتملكه للشيء التابع بسبب الالتصاق . فلكية الثأر ليست ملكية جديدة ، بل هي ملكية متفرعة عن ملكية الشيء الذي تولدت منه الثأر ، فيمتد حق الملكية من الشيء إلى ثأره . أما الملكية بسبب الالتصاق فلكية جديدة مستقلة عن ملكية الشيء الأصلي ، كسبت بموجب سبب مستقل قائم بذاته هو الالتصاق . فالمالك بالالتصاق قد كسب ، بسبب جديد ، ملكية جديدة . أما مالك الثأر فلم يملكها بسبب جديد بل ملكها بموجب ملكيته الأصلية ، وهذه الملكية الأصلية ذاتها هي التي جعلته مالكا للثأر ، إذ امتدت من الشيء إلى الثأر التي تولدت منه (١) .

(١) أنظر في هذا المعنى أوبري درو ٢ فقرة ١٩٢ ص ٢٦٠ هامش ١ وفترة ٢٠٢ ص ٣٤٨ هامش ١ - جوسران ١ فقرة ١٦٥٠ - مازو فقرة ١٥٨٩ - بلانيل وديريويكار ٣ فقرة ٢٤٩ وفترة ٢٥٦ ص ٢٥٦ - محمد كامل مرسي ٢ فقرة ٣٩ ص ٤٩ هامش ١ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٥ ص ٤٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٠ ص ٣٦٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١٣ ص ٢٨٢ - حسن كيرة ص ٥٧ - ص ٥٨ - وانظر حكس ذلك وأن الالتصاق ليس سببا لكسب ملكية جديدة ، وإنما هو واقعة تؤدي إلى إلحاق الشيء التابع بالشيء الأصلي ، فيمتد حق الملكية من الشيء الأصلي إلى الشيء التابع كما يمتد إلى المشتقات من ثأر وغيرها : ديمولوب ٩ فقرة ٥٧٣ - بيداق وفوران فقرة ٣٣٧ ص ٣٥٧ - ص ٣٥٨ - بلانيل وديريويكار وبولانجي ١ فقرة ٢٨٣٠ - شفيق شعاعه فقرة ٢٢٥ - عبد الفتاح عبد القادر فقرة ٢٠٨ ص ٢٩٠ - عبد المنعم البدراني فقرة ٣٠ ص ٤٠ - وانظر في هذه المسألة أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ accession فقرة ٢ - فقرة ٤ .

٩٠ ما استحدث التقنين المدني الجديد من الأحكام في الانتصاف :

لم يستحدث التقنين المدني الجديد في الانتصاف إلا قليلا من الأحكام. وقد نقل أكثر أحكام الانتصاف عن التقنين المدني السابق . وتبسط بمثله في الأحكام المتعلقة بتملك المنشآت القائمة على الأرض بسبب الانتصاف ، فيز بين صور ثلاث : فقد يقيم صاحب الأرض منشآت عليها بمواد مملوكة لغيره ، وقد يقيم صاحب المواد منشآت على أرض مملوكة لغيره ، وقد يقيم شخص منشآت بمواد مملوكة لغيره على أرض هي أيضا مملوكة للغير . وصدر التقنين الجديد هذه الصور الثلاث بنص لا مقابل له في التقنين السابق ، إذ قضى بأن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وأنه أقامه على نفقته ، ويكون مملوكا له . وجعل هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، فقد يقيم أجنبي الدليل على أنه هو الذي قام بالمنشآت على نفقته بترخيص من صاحب الأرض أو بدون ترخيص ، أو أن المنشآت التي أقامها صاحب الأرض انتقلت ملكيتها إلى الأجنبي (م ٩٢٢ مدني) .

وأهم ما استحدث التقنين المدني الجديد من الأحكام هو ما يأتي :

١ - أجاز للقاضي . عند الحكم بالتعويض للباني في أرض الغير ، أن يجعل وفاة التعويض له على أقساط دورية (م ٩٢٧ مدني) .

٢ - عكس في حالة استثنائية أحكام الانتصاف ، فجعل صاحب البناء هو الذي يملك الأرض . وذلك فيما إذا كان المالك الذي يقيم بناء في ملكه قد جاز بحسن نية على جزء صغير من الأرض المجاورة ، فيجبر صاحب الأرض المجاورة على أن يتزل لجاره عن ملكية الجزء الصغير من الأرض المشغول ببناء الجار . وذلك في نظير تعويض عادل (م ٩٢٨ مدني) .

٣ - لم يعمل أحكام الانتصاف في حالة المنشآت الصغيرة التي تقام على أرض الغير دون أن يكون مقصودا بقاؤها على الدوام ، كالأكشاك والخوانيت والآوى . فهذه تكون ملكا لمن أقامها ، ولا يملكها صاحب الأرض بالانتصاف (م ٩٢٩ مدني) ^(١) .

(١) أنظر في كل ذلك المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية

٩١ - أموال الالتصاق : وقد جعل التقنين المدني للالتصاق أحولا

ثلاثا :

(الحالة الأولى) حالة الالتصاق الطبيعي بالعقار (accession naturelle) وهي حالة التصاق المنقول بالأرض بفعل المياه .

(الحالة الثانية) حالة الالتصاق الصناعي بالعقار (accession artificielle) ، وهي حالة التصاق المنشآت بالأرض بفعل الإنسان .

(الحالة الثالثة) حالة التصاق المنقول بالمنقول .

المبحث الأول:

الالتصاق الطبيعي بالعقار

(التصاق المنقول بالأرض بفعل المياه)

٩٢ - نصوص قانونية : تنص المادة ٩١٨ مدني على ما يأتي :

« الأرض التي تتكون من طمي يجلبه النهر بطريقة تدرجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين » .

وتنص المادة ٩١٩ مدني على ما يأتي :

« ١ - الأرض التي ينكشف عنها البحر تكون ملكا للدولة » .

« ٢ - ولا يجوز التعدي على أرض البحر ، إلا إذا كان ذلك لإعادة حدود الملك الذي طغى عليه البحر » .

وتنص المادة ٩٢٠ مدني على ما يأتي :

« ملك الأراضي الملاصقة للمياه الراكدة ، كياه البحيرات والبرك ، لا يملكون ما تنكشف عنه هذه المياه من أراض ، ولا تزول عنهم ملكية ما تغطي عليه هذه المياه » .

وتنص المادة ٩٢١ مدني على ما يأتي :

« الأراضي التي يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها ، والجزائر

التي تتكون في مجراها ، تكون ملكيتها خاضعة لأحكام القوانين الخاصة بها^(١) ونقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق م ٦٠-٦٣/٨٤-٨٨^(٢).
وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٨٧٩ - ٨٨٤ - وفي التقنين المدني الليبي المواد ٩٢٢-٩٢٥ - وفي

(١) تاريخ النصوص :

م ٩١٨ : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٠ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠٤ - ص ٣٠٥) .

م ٩١٩ : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠٦ - ص ٣٠٧) .

م ٩٢٠ : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠٧ - ص ٣٠٨) .

م ٩٢١ : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٣ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠٩ - ص ٣١٠) .

(٢) التقنين المدني السابق :

م ٨٤/٦٠ : ما يحدث من طمس الأنهر على التدرج يكون ملكاً لذلك الأرض التي على ساحل النهر .

م ٦٢/٢٨٧ : وأما الأراضي التي ينكشف عنها البحر المالح فتكون ملكاً للبحر .

م ٨٨/٦٣ : لا يجوز التمدد على أرض البحر إلا لإعادة حدود المالك إلى ما كانت عليه .

م ٦٢/٨٦/١ : الطمس الذي يحدث في البحيرات يكون ملكاً لأصحابها .

م ٨٥/٦١ : أما الأراضي التي يحولها النهر بقوة جريانه وإلجزائر التي تتكون فيه

فيقع فيه منطوق اللامحة الصادر في سنة ١٢٧٤ (٢٤ ذي الحجة ١٢٧٤ هجرية) .

(ونصوص التقنين المدني السابق تنفق في أحكامها مع نصوص التقنين المدني الجديد) .

التقنين المدني العراقي م ١١١٣ - ١١١٦ - وفي قانون الملكية العقارية
البناني المواد ٢٠٦ - ٢١١ (١) .

ويتبين من هذه النصوص أن الالتصاق الطبيعي بفعل المياه قد يكون
بفعل مياه البحر أو بفعل مياه راكدة في البحيرات والبرك . وليس في هذه
الحالة مجال للتملك بالالتصاق . وقد يكون بفعل مياه النهر عن طريق تراكم
الطمي ، فالأرض التي تتكون من هذا الطمي تكون ملكاً لصاحب الأرض
المجاورة . وفي هذه الحالة وحدها يقوم الالتصاق سبباً لكسب الملكية :
إذ يملك صاحب الأرض المجاورة الأرض التي تكونت من الطمي بسبب

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٨٧٩ : إن الطمي ،
لدى التراب الذي يتجمع بطريقة تدرجية غير محسوسة على الأرض المجاورة لجرى ماء ، يكون
ملكاً هذه الأرض (توافق المادة ٩١٨ مصري) .
م ٨٨٠ : إن الأراضي التي تتحول عن أماكنها بسبب حادث وقع قضاء إلى أرض
أوطاً منها ، يجوز للمالكها ، إذا كان من الممكن معرفتها ، أن يطالب بها في أثناء السنة التي
تلي الحادث ، وإذا انقضت السنة ولم يدع بها سقط حقه في الادعاء .
م ٨٨١ : إن الجزر الكبيرة والصغيرة التي تتكون بصورة طبيعية في مجرى الأنهر
أو مجاري المياه ، تكون جزءاً من أملاك الدولة الخاصة .
م ٨٨٢ : إن الجزر الكبيرة والصغيرة والطمي التي تتكون في داخل البحيرات ،
وكذلك طين البحيرات والبحر ، هي جزء من أملاك الدولة الخاصة .
م ٨٨٣ : إن الأراضي المكتسبة من البحر أو البحيرات أو الأفراد أو المستعقعات
يكون ترخيصاً سبق مكتشفها ، تكون جزءاً من أملاك الدولة الخاصة .
م ٨٨٤ : ١ - إذا اتخذ نهر كبير أو صغير مجرى جديداً بتركه مجراه القديم ، فيحق
لأصحاب المقارات المجاورة الحصول على ملكية المجرى القديم ، كل واحد في القسم الذي يكون
أمام أرضه حتى خط مفترض في وسط النهر . ٢ - يحدد ثمن المجرى القديم غيراء بينهم
رئيس المحكمة الابتدائية المدنية في منطقة المقار . ٣ - يوزع الثمن الحاصل من هذا البيع بصفة
تمويض على أصحاب الأراضي التي أشغلتها المجرى الجديد بنسبة قيمة ماخسر كل واحد منهم
من الأراضي .

(وهذه المواد تقابل المواد ٩١٩ - ٩٢١ مصري) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢٢ - ٩٢٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١١٣ - ١١١٥ (توافق المواد ٩١٨ - ٩٢٠ مصري) .

م ١١١٦ (توافق م ٨٨٤ سوري) .

قانون الملكية العقارية البناني م ٢٠٦ - ٢١١ (توافق المواد ٨٧٩ - ٨٨٤ سوري) .

الاتصاق . وقد يحول النهر أرضاً من مكانها إلى مكان آخر ، أو ينكشف عنها ، أو يكون جزراً في مجراه . وهذا ما يسمى بطرح النهر ، فهذه الأراضي بهما تخضع لقوانين خاصة ولا تسرى عليها أحكام الاتصاق . فنبحث كلا من هذه الحالات الثلاث .

٩٣ - فمن مياه البحر والمياه الراكدة بالبحيرات والبرك : رأينا أن المادة ٩١٩ مدني تقضي بأن البحر إذا انحسر عن شاطئه وانكشف عن أرض ، فهذه الأرض تكون من أملاك الدولة الخاصة (١) . وقد قدمنا في الجزء الثامن من الوسيط أن شواطئ البحر تعتبر من الأملاك العامة ، ولكن الأراضي التي تتكون من طمي البحر والأراضي التي تنكشف عنها مياه البحر (les lais et relais de la mer) هي من أملاك الدولة الخاصة لا من أملاكها العامة ، فيجوز للدولة التصرف فيها (٢) .

ومن جهة أخرى إذا طغى البحر على الأراضي المحاورة لشواطئه فغمرها بالمياه ، فإن ملك هذه الأراضي لا يفقدون ملكيتها ، وليس من شأن طغيان البحر وهو قوة قاهرة أن يفقد هذه الملكية ، ويجوز لهم أن يعملوا على إعادة حدود أراضيهم التي طغت عليها مياه البحر . ولكن فيما عدا ذلك لا يجوز لهم التعلد على أرض البحر : لا على شواطئه لأنها من أملاك الدولة العامة ، ولا على الأرض التي ينحسر عنها أو يكونها طميه لأنها من أملاك الدولة الخاصة كما قدمنا .

وكالبحر البحيرات والبرك والمستنقعات ، وقد رأينا أنها من الأملاك العامة للدولة (٣) . وتقضي المادة ٩٢٠ مدني ساقفة الذكر أن ملك الأراضي

(١) ويمكن تبليط ذلك بأن شاطئ البحر هو من أملاك الدولة العامة : فتكون الدولة هي المالك المجاور (propriétaire riverain) ، أما المالك المجاور لشاطئ البحر فانه ليس مالكاً مجاوراً للبحر نفسه (بودري وشوفو فقرة ٣٩٤) . وقبل صدور التفتين المدف السابق (أي قبل عهد الإصلاح القضائي ، كانت الأرض التي ينكشف عنها البحر تعتبر أرضاً لا ملك لما فكان يمكن تملكها بالاستيلاء لا بالاتصاق) استئناف مخطط ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٦ .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٥٣ ص ١١٩ .

(٣) الوسيط ٨ فقرة ٥٣ ص ١١٨ - وقد تكون البركة أو المستنقع مملوكاً للأفراد ملكية خاصة ، ففي هذه الحالة يملك صاحب البركة أو المستنقع ما ينكشف من أرض ولا يفقده ملكية ما حفر من أرض ، وهذا ينطبق لأن نفس البركة أو المستنقع مملوك له .

المجاورة لمجارى هذه المياه الراكدة لا يملكون ما تنكشف عنه من أراض ،
فالأراضي التي تنكشف عنها هذه المجارى هي إذن من أملاك الدولة الخاصة
كالأراضي التي ينكشف عنها البحر فيما قدمنا . كذلك إذا غمرت مجارى هذه
المياه الراكدة الأراضي المجاورة : فان ملك هذه الأراضي لا يفقدون
ملكيتها . ويستطيعون العودة إلى حيازتها إذا انحسرت عنها المياه . فحكم المياه
الراكدة إذن كحكم مياه البحر ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى
في هذا الصدد : « والاتصاق بفعل المياه الراكدة كالبحيرات والبرك
يكون بانكشاف هذه المياه عن أرض كانت قد طغت عليها من قبل ،
فترجع لصاحبها . أما إذا انكشفت عن أرض لم تكن مملوكة لأحد ، فان هذه
الأرض تكون ملكا للدولة . فحكم المياه الراكدة كحكم مياه البحر » (١) .

٩٤ - فعل مياه النهر عن طريق تراكم الطمي (alluvion) :

رأينا (٢) أن المادة ٩١٨ مدني تنص على أن « الأرض التي تتكون من طمي
يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين » .
ويستخلص من هذا النص أنه يشترط في تراكم الطمي بفعل مياه النهر أن
يكون الطمي قد جلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة (successivement et
imperceptiblement) (٣) ، فيجب إذن أن يتراكم الطمي على ضفة النهر
وبجانب الأرض المجاورة (٤) متدرجاً في خلال مدد طويلة متعاقبة وعلى وجه
غير محسوس (٥) . أما إذا حول النهر فجأة ، بفعل قوة الفيضان غير العادي ،
أرضاً من مكانها إلى مكان آخر ، فليس هذا تراكم الطمي التدريجي غير

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١٠ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٩٢ .

(٣) استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٤ - ٨ فبراير سنة ١٩٢٧ م

٣٩ ص ٢٢٢ .

(٤) أوبجانب جزيرة أصبحت هي نفسها ملكاً خاصاً لأحد الأفراد (استئناف مختلط

٢ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٣٢) .

(٥) أما الطمي الذي يتكون من المصارف ويتخلف فيها بسبب عدم تطهيرها مدة
طويلة ، فهذه لا يجوز لمالك الأرض المجاورة أن يتسلكها بالاتصاق ، بل يرجع الحكم في
ملكيتها إلى القواعد العامة (استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ الحامدة ٨ رقم ١٥ ص ٣٨) .

المحسوس (alluvion) وإنما هو طرح النهر (avulsion) ، ولا تكون الأرض المسترعة ملكاً للملاك المجاورين بطريق الالتصاق ، وإنما تكون من الأملاك الخاصة للدولة وتسرى عليها أحكام القوانين الخاصة بها كما سيجي . وإذا كان يشترط في تراكم الطمي أن يكون غير فجائي ، فإن هذا لا يمنع من أن يكون ظهوره فجائياً . فقد يتراكم الطمي على مدى السنين بطريقة تدريجية غير محسوسة ولكنه يكون مغطى بالماء غير ظاهر ، ثم يزيد تراكم الطمي فتظهر الأرض المتكونة منه فجأة فوق الماء ، وتصبح مملوكة للملاك المجاورين بطريق الالتصاق (١) . ويجب أن تعلق الأرض المتكونة من الطمي أعلى منسوب المياه في أشد وقت من أوقات فيضان النهر (٢) ، وإلا بقيت جزءاً من مجرى النهر ، وذلك بشرط أن يكون الفيضان عادياً (٣) فلا يعتد بتغطية المياه للأرض في أثناء الفيضانات غير العادية . ويستوى أن يكون تراكم الطمي قد نشأ من فعل مياه النهر بطبيعتها (٤) ، أو أن يكون هذا التراكم قد جاء نتيجة لأعمال قام بها الملاك المجاورون أو الغير على ضفة النهر (٥) . ويجب أخيراً أن تكون الأرض المتكونة من الطمي قد تكونت ملاصقة أضفة

(١) استئناف مخطط ٨ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٢٢ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٣ ص ٣٥٣ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه يشترط أن تكون الأرض الملتصقة نتيجة للطي قد بلغت من الارتفاع حداً يجاوز منسوب ارتفاع المياه في وقت الفيضان العادي (نقض مدني ١١ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٢٢ ص ١٤٨) . وانظر استئناف مخطط ٢ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٣٢ - عبد المنعم البراوي فقرة ٣٤ ص ٤٣ - حسن كيرة ص ٦١ .

(٤) ولو يتحول سير المياه دون أن يترك النيل مجراه (استئناف مخطط ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٠) . وإذا ادعت الحكومة أن الزيادة هي طرح النهر فيكون لها ، وليس تراكم طمي فيكون للجوار ، فليها هي عبء الإثبات (استئناف مخطط ٢٣ مارس سنة ٥٥ ص ١٠٨) .

(٥) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٣ ص ٣٥١ - ص ٣٥٢ - بودري وشوفو فقرة ٣٨٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٨ ص ٢٥٩ - استئناف مخطط ١٦ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٤٢ - نقض فرنسي ١٥ فبراير سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٦ - ١ - ١١٨ .

ولكن لا يجوز أن تكون هذه الأعمال قد قام بها المالك بقصد ترسيب مياه النهر للإسراع في حمله تراكم الطمي ، كأن يضع وئوساً من الأحجار أو الأخشاب في مجرى النهر تساعده

النهر . فإذا حال بينها وبين ضفة النهر جسر مجرى عام^(١) . أو كانت المياه لا تزال تجري بينها وبين ضفة النهر ، فإنها لا تخضع لأحكام الالتصاق^(٢) . ومتى توافرت الشروط المتقدمة الذكر ، فإن الأرض المتكونة من الطمي تصبح ملكاً للمالك الأرض المجاورة لها وذلك بطريق الالتصاق . وهذه هي الصورة الوحيدة للتملك بالالتصاق بفعل المياه كما سبق القول . ويلاحظ أن الأرض المتكونة من الطمي كانت قبل أن تلتصق بضفة النهر طمياً من أملاك الدولة العامة ، فأصبحت بالالتصاق ملكاً خاصاً للمالك الأرض المجاورة . لا يلتزم هذا المالك بدفع تعويض للدولة . وعلى ذلك يكون الالتصاق قد نقل الشيء من الملك العام للدولة إلى الملك الخاص لصاحب الأرض المجاورة^(٣) دون تعويض^(٤) ، وهنا أيضاً تكون هذه الحالة هي الحالة الوحيدة التي يملك فيها صاحب الشيء الأصلي بالالتصاق الشيء التابع دون أن يدفع تعويضاً لصاحب هذا الشيء التابع^(٥) .

— على تجمع الطمي ، فإن هذا يكون تمديداً على مجرى النهر وللإدارة أن تمنعه ، ويكون الطمي هنا ملكاً للدولة (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٣ ص ٣٥١ هامش ٧ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٣ ص ٥٤ - شفيق شحاتة فقرة ٢٢٨ ص ٢٣٧ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢١٢ ص ٢٩٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٢ ص ٣٦٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١٥ ص ٢٨٤ - حسن كيرة ص ٥٧ - نقض ملف ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٣ ص ١١٠٩ - استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٧) .

(١) نقض ملف ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٣ ص ١١٠٩ .
(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٣ ص ٣٥٠ - ص ٣٥١ - وقد قضى بأنه يشترط في ضفي النهر أن يظهر فوق أعلى منسوب تجري النهر وقت فيضانه العادي ، وأن يكون ملتصقاً بأرض المالك على ساحل النهر ، وأن يتكون بالتدريج وطريقة غير محسوسة دون أن يكون لأعمال الحكومة دخل في تكوينه (مصر الكلية ٢٣ مارس سنة ١٩٣٥ الهامة ١٦ رقم ١٧٦ ص ٢٩٦) .
(٣) أنظر آنفاً فقرة ٨٩ .

(٤) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الزيادة التي تحدث من طمي الأنهار على التدرج تكون ملكاً للمالك الأرض التي على الساحل ، فإذا وضع المالك يده على تلك الزيادة وفازته الحكومة في ملكيتها يدعى أنه استأجرها بمقد وقعه ، فلا يكون ذلك سبباً لحرماته من ملكيتها القانونية متى تبينت المحكمة أن أحوالاً اضطرارية اقتضت ذلك التوقيع . ومن ثم يجب الحكم له بالملكية ، بصرف النظر عن توقيمه عقد الإيجار (استئناف مصر ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١١٦ ص ١٨٧) .

(٥) وإذا أرادت الحكومة أن تظهر النهر بإزالة ما يتراكم من الطمي على ضفتيه فإن كان الطمي قد تكون أرضاً وأصبح ملكاً خاصاً لصاحب الأرض المجاورة ، لم تستطع الحكومة أن تزيل هذه الأرض يدعى أنها كانت طمياً قبل ذلك وكان مملوكاً لها ، بل يجب عليها أن تتخذ إجراءات نزع الملكية . أما إذا كان الطمي لم يتكون بعد ، فإن الحكومة تستطيع أن نزله قبل أن يكتمل تكوينه (محمد كامل مرسى ٣ رقم ٤٤ ص ٥٧ - عبد المنعم البدوي فقرة ٣٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٢ ص ٣٦٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١٥ ص ٢٨٤ - حسن كيرة ص ٦١) .

وإذا تعددت الأراضي المجاورة للأرض التي تكونت من الطمي على النحو سالف الذكر ، واختلف ملاكها ، تملك كل مالك منهم الجزء المقابل لأرضه ، أى الجزء الواقع بين مستقيمين عموديين مقامين على جهة النهر من نهايتي كل أرض (١) .

٩٥ - طرح النهر وأكرو : رأينا (٢) أن المادة ٩٢١ مدني تنص على أن « الأراضي التي يحولها النهر من مكانها . أو ينكشف عنها . والجزائر التي تتكون في مجراه . تكون ملكيتها خاضعة لأحكام القوانين الخاصة بها » . ويستخلص من هذا النص أن النهر . في أوقات فيضانه الشديد . قد يحول جزءا من الأرض عن مكانه إلى مكان آخر ، في نفس الضفة أو في الضفة المقابلة . وقد ينكشف النهر عن أرض كانت جزءا من مجراه . ويضم أرضا أخرى فتتحول مجرى له . وقد يكون الطمي في وسط مجراه جزرا ترتفع عن أعلى منسوب المياه ، فتظهر أرضا في وسط الماء الذي يحيطها من جميع الجهات . وقد تتكون هذه الجزر عن طريق تحويل النهر أرضا من مكانها والتغذف بها في وسط المجرى ، فتعلو على منسوب المياه وتصبح جزرا في مجرى النهر . وهذه العمليات جميعا - تحويل الأرض من مكانها والانكشاف عنها وتكوين الجزر - تتضمن ظهور أرض جديدة في مكان لم تكن فيه وهذا ما يسمى بطرح النهر ، واختفاء أرض عن المكان الذي كانت فيه من قبل وهذا ما يسمى بأكل النهر .

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٣ ص ٣٥٤ - ص ٣٥٥ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٨ ص ٢٥٩ - متى تملك صاحب الأرض الملاصقة الطمي على النحو سالف الذكر ، فإن هذا الجزء يعتبر جزءا لا يتجزأ من أرضه ، ويحتد إليه الحالة القانونية التي للأرض الأصلية . فإذا كانت هذه الأرض مثقلة برهن أو امتياز أو حق ارتفاق أو حق انتفاع أو بتكليف عين آخر ، امتد هذا التكليف إلى الطمي . وإذا كان صاحب الأرض الأصلية في طريقه إلى تملكها بالتقادم . ثم تملكها بهذا السبب ، فإنه يتصلك معها الطمي حتى ولو لم تكن مدة التقادم بالنسبة إلى هذا الطمي (محمد كابل مرسى ٣ فقرة ٤٥ - عبد الغنى البدروى فقرة ٣٥ ص ٤٤) : وإذا بيعت الأرض تحت شرط واقف ، وقبل تحقق الشرط حدثت الزيادة ، فهذه الزيادة عند تحقق الشرط تكون مشترى دون زيادة في الثمن . وكذلك إذا بيعت الأرض تحت شرط فاسخ ، وقبل تحقق الشرط حدثت الزيادة ، فإن الأرض عند تحقق الشرط تعود بالزيادة التي التصقت بها للبائع دون مقابل (محمد كابل مرسى ٣ فقرة ٤٥ ص ٤٦) .

(٢) أنظر آغا فقرة ٩٢ .

وتنقض المادة ٩٢١ مدني ، كما رأينا ، بأن ملكية الأراضي التي يشتمل عليها طرح النهر تخضع لأحكام القوانين الخاصة بها . وهذه القوانين الخاصة تسري أيضا : بطريق التلازم : على أكل النهر . وقد تعاقبت هذه القوانين الخاصة : يأتي قانون بعد آخر يلغيه ويحل محله . وأولها اللائحة السعيدية الصادرة في ٢٤ ذي الحجة سنة ١٢٧٤ هجرية (سنة ١٨٥٨ ميلادية) (١) . وتلاها القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ (٢) . ثم تلاه القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ .

(١) وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لأحكام اللائحة السعيدية ، بأن تعتبر أطيان الجزائر (طرح البحر) عملاً ينص المادة ٦١ من القانون المدني القديم وينصور اللائحة السعيدية الصادرة في ٢٤ من ذي الحجة سنة ١٢٧٤ هـ ملكاً أصلاً للحكومة ، ولا تنتقل ملكيتها إلى الأفراد إلا بتوزيعها عليهم أو بيعها إليهم بالمزاد . وإذا كان الحكم المطعون فيه ، إذ سجل عجز مورث الطاعنين عن إثبات تملكه هذه الأطيان بأي سبب من أسباب التملك ، يكون قد أقبل فضله بملكية الحكومة لما ويرفض دعوى المورث المذكور على أساس يكتفى لحسنه (نقض مدني ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٣ بحسوة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ ذاتاً جزء أول ص ٣٠٢ رقم ٢٠) .

وقضى أيضاً ، تطبيقاً لللائحة السعيدية ، بأن الحق في مطالبة الحكومة ببيع أكل البحر في المكلفات ينشأ من التاريخ الذي يقع فيه أكل البحر ، ويسقط بمضي ١٥ سنة (استئناف أميوط ١٨ مايو سنة ١٩٢٧ المجسوة الرسمية ٢٩ رقم ١٤١ ص ٣٢١) . ونقض : تطبيقاً لنفس اللائحة ، بأنه وإن كانت المادة ١٤ من اللائحة السعيدية قضت بأن الأطيان الناتجة من طرح البحر يستوفى منها الملاك من أهل البلاد المجاورة لتلك الأطيان ماسق أن أكله البحر من أطيانهم ثم يباع ما يكون زائداً لأهال تلك البلاد وبطريق المزاد ، إلا أن هذا النص لا يمنع الحكومة من تأجير تلك الزيادة بدل بيعها . فإن إعطاء الحكومة الحق في بيع تلك الأطيان بعد استيفاء عجز أطيان الأهال معناه أن هذه الزيادة تعتبر ملكاً للحكومة ، ومن كانت الملكية مقررة للحكومة فإنه كما يكون لها بيعها يكون لها تأجيرها (استئناف وطني ٨ مايو سنة ١٩٢٣ المجسوة الرسمية ٢٥ رقم ٩٢ ص ١٦٩) .

أنظر في تصوري اللائحة السعيدية محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٥٠ ص ٦٥١ هامش ١ . (٢) وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لأحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ ، بأن القول بأنه إذا صدر قرار من وزير المالية بتوزيع طرح البحر مخالفاً لنصوص القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ وجب حل المحاكم عدم الاحتداد به مخالفتها نص المادة ٩ من الدستور التي تنقض بآلا يتزع من أحد ملكه إلا لنفسه العامة وبشرط توفيقه عنه تعويضاً عادلاً ، هذا القول مردود بأن الأطيان التي يطنى عليها البحر تزول ملكيتها قانوناً بمجرد أكل البحر ، وبأن أطيان طرح البحر لا تعتبر ملكاً لمن أكل البحر من أطيانهم إلا بعد توزيعها عليهم من الدولة التي تعتبر المالكة قانوناً لأحكام الطرح بمجرد ظهورها . وعلى ذلك لا يكون قرار وزير المالية بالتوزيع متسبباً بنزع ملكية أي شخص من ملكه (نقض مدني ١٦ ديسمبر بحسوة

ثم القانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٧ ، فالقانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨ (١) وقد ألغى هذا القانون الأخير بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ الخاص بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها ، وهو القانون المعمول به الآن ، وقد أفرد الباب الثاني منه للأحكام الخاصة بطرح النهر

= المكتب الفني لأحكام النقص في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٠٣ رقم ٢٢) . وقضت أيضاً بأنه متى صار توزيع طرح البحر على أربابه شيوعاً فيما بينهم بمقتضى قرار وزير المالية طبقاً للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ ، كان هذا القرار سنداً بملكية الشركاء ومصدراً للشيوخ فيما بينهم . ولا تكون هناك صلة هذه الملكية بملكيته التي أكلها البحر ، والطرح الجديد يصبح منذ ظهوره ملكاً للدولة حتى يوزع على أربابه طبقاً لشروط القانون (نقض مدني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤١) . وقضت كذلك بأن تعتبر أراضي طرح البحر ، وفقاً لنصوص المادتين ٢ و ١٠ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ ، من أملاك الدولة التي توزع بقرار من وزير المالية غير قابل للمعارضة فيه . ويعتبر هذا القرار سنداً للملكية له قوة العقد الرسمي . وهذه النصوص إنما تسرى على أراضي « الميرى » الخاصة المختلفة عن طرح البحر ، ولا شأن لها بالأملاك العامة . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد نفي تخلف الأجزاء المطالب بمقابل الانتفاع بها عن طرح البحر ، لوقوعها في مجرى النهر المتبر من الأموال العامة التي لا يجوز تملكها أو التصرف ، فانها لا تكون يحلا لصور قرار من وزير المالية بتوزيعها ، ولا قرار من جهة الإدارة باضافتها إلى الملك الخاص للأفراد . وصور مثل هذا القرار لا يكون مستنداً إلى القانون ، ويكون من حق جهة الإدارة العدول عنه (نقض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٠٥ ص ٧٠٦) .

(١) وكانت القاعدة المنبذة منذ الانتخة السعيدية هي أن الحكومة تقوم بتوزيع طرح النهر على أصحاب أكل النهر . وظلت هذه القاعدة معمولاً بها مع اختلاف في تفصيلات التنظيم إلى أن صدر قانون سنة ١٩٥٧ ، فاستحدث هذا القانون قاعدة جديدة هي تمويش أصحاب الأكل تمويشاً نقدياً لا تمويشاً عينياً . وبقيت هذه القاعدة الجديدة معمولاً بها في قانون سنة ١٩٥٨ ، وأنشئت بموجب المادة ٥ من هذا القانون «مؤسسة صندوق طرح النهر وأكله» تتولى بيع أراضي الطرح بعد فترة انتقالية تؤجر فيها هذه الأراضي لصغار الفلاحين . ومن ثمن بيع هذه الأراضي يموش أصحاب الأراضي المأكولة ، ومقدار التمويش هو خمسون مثلاً من ضريبة الأميان .

وقد ألغيت «مؤسسة صندوق طرح النهر وأكله» بقرار من رئيس الجمهورية رقم ١٨٣ لسنة ١٩٦٢ ، وأحيلت أعمالها على الإدارة العامة للأمناء وطرح النهر . ثم أدمجت هذه الإدارة في الهيئة العامة للإصلاح الزراعي بقرار من رئيس الجمهورية رقم ١٥٨٦ لسنة ١٩٦٣ ، وأصبح لمجلس إدارة الهيئة الاختصاصات التي كانت مقررة لمجلس إدارة صندوق طرح النهر وأكله .

وأكله ، فتقف عنده وحده ، وتستعرض في إيجاز هذه الأحكام (١) .

يعتبر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ مملوكا للدولة ملكية خاصة « أراضي طرح النهر » ، وهي الأراضي الواقعة بين جسر نهر النيل وفرعيه التي يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها والجزائر التي تتكون في مجراه « (م ٢-١) . وتفصل المادة ١١ من نفس القانون هذا الحكم ، فنص على أن « يكون طرح النهر من الأملاك الخاصة للدولة . وتتولى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي حصر مقدار طرح النهر وأكله في كل سنة ، وذلك بعد عمل المساحة بالاشتراك مع الجهات الإدارية المختصة بوزارة الخزانة والمحافظة . ويصدر قرار من وزير الإصلاح الزراعي وإصلاح الأراضي أو من ينييه بتحديد تاريخ حلول طرح النهر وأكله وحصر مقداره سنويا ، ويودع هذا القرار في مكتب الشهر العقاري المختص بغير رسوم . ويترتب على هذا الإبداع آثار الشهر القانونية » (٢) . وتبدأ الإدارة بتأجير أراضي الطرح إلى أن تتمكن من بيعها ، ويكون التأجير طبقا لأحكام المادة ٥ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فتؤجر في حدود سبعة أمثال الضريبة الأصلية المقدرة لها أو على أساس أجره المثل . ثم تباع هذه الأراضي طبقا للأحكام المقررة في التصرف في الأراضي الزراعية بموجب القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فتوزع على صغار الفلاحين طبقا لأحكام قانون

(١) وقد ألغى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ (٨٦م) أيضاً قرار رئيس الجمهورية رقم ١٣٨٥ لسنة ١٩٥٨ الخاص بالشروط والأوضاع اللازمة لبيع طرح النهر لصغار المزارعين . (٢) وقد قدما أنه قبل صدور قانون سنة ١٩٥٧ كانت القاعدة المتبعة هي توزيع أراضي طرح النهر توزيعاً عينياً على أصحاب أكل النهر ، ويتم التوزيع بنسبة تتعادل بين ما أكل وما طرح . ويصدر بالتوزيع قرار من وزارة المالية . ويجب تسجيل هذا القرار ، ويترتب على تسجيله نقل الملكية لمن وزع الطرح عليهم وإمكان التصرف في الأراضي الموزعة . وتسجيل القرار غير واجب قبل نفاذ قانون الشهر العقاري ، فإن هذا القانون هو الذي أوجب شهر التصرفات الإدارية التي تتناول حقوقاً عينية عقارية ، وليس له أثر رجعي . ولا أثر رجعي كذلك للقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ ، وتنص المادة العاشرة منه على أن يوزع طرح البحر بقرار من وزير المالية ، ويكون سداً له قوة العقد الرسمي ، ويسجل بدون رسم (تنقص مدني ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جز ٠ أول ص ٣٠٤ رقم ٢٤) .

الإصلاح الزراعى (م ١/٨ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤) (١) . ولا يدخل فى الأراضى التى توزع أراضى طرح النهر غير الثابت التى لم يمض على ظهورها سنتان ، وكذلك الأراضى الواقعة فى أسفل ميول الطرح الواسى التى لا تنحسر عنها المياه حتى أوا شهر فبراير من كل سنة ، وذلك حتى تستقر هذه الأراضى وتثبت صلاحيتها للتوزيع وفقا لحالتها على الطبيعة ووصفها الوارد فى سجلات قوائم الحصر والمساحة (م ٢/٨ من قانون سنة ١٩٦٤) (٢) . ويعوض أصحاب أكل النهر تعويضاً تقديماً ، بما يعادل خمسين مثلاً من الضريبة العقارية المفروضة على الحياض الواقع بها أكل النهر وقت حدوثه . وإذا لم تكن هذه الحياض قد ربطت عليها ضريبة وقت صدور الأكل أو إذا تعذر تحديد الحوض الواقع فيه الأكل ، كان تقدير التعويض على أساس متوسط الضريبة المفروضة وقت الأكل على حياض أراضى الخزائر الملاصقة للنيل فى البلدة الواقع فى زمامها الأكل (م ١/١٤ من قانون سنة ١٩٦٤) (٣) . ولا يجوز التصرف فى حق التعويض عن أكل النهر ، ويقع باطلاً كل تصرف يتم بالتخالف لهذا الحكم (م ٢/١٤ من قانون سنة ١٩٦٤) . وترفع الضرائب العقارية عن الأراضى التى يأكلها النهر ابتداء من أول شهر يناير التالى لتاريخ حدوث الأكل ، وتربط على أراضى طرح النهر التى توزع أو تباع الضريبة العامة للحوض الذى تقع فيه ابتداء من أول يناير التالى لتاريخ تسليمها إلى المتصرف إليه فيها (م ٢٠ من قانون سنة ١٩٦٤) .

(١) ويجوز على سبيل الاستثناء ، طبقاً لأحكام المادة ١٠ من قانون سنة ١٩٦٤ ، بيع أراضى الطرح بطريق الممارسة فى حدود خمسة أفدنة لكل مشتر ، إلى طوائف معينة حددتها المادة ١٠ المذكورة . وتحدد اللائحة التنفيذية لقانون سنة ١٩٦٤ مراتب الأولوية فى الشراء بين هذه الطوائف ، والشروط الواجب توافرها فى المتصرف إليهم ، وقواعد تقدير ثمن الأراضى المتصرف فيها ، وشروط أداء هذا الثمن ومدته وفوائده ، وسائر أحكام البيع الأخرى . (٢) وتنص المادة ١٣ من قانون سنة ١٩٦٤ على أن « لوزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى أن يصدر قراراً بتخصيص طرح النهر المتصل بمراسى المادى المقررة أو بمواقع الموارد أو اللازم لمشروع عام لمنفعة تلك المراسى أو الموارد أو هذا المشروع العام ، بناء على طلب الوزارة المختصة . وإذا أبطل المرسى أو المورد أو المشروع العام ، جاز التصرف فى هذا الطرح طبقاً لأحكام هذا القانون » .

(٣) انظر فى إجراءات إعطاء التعويض لأصحاب أكل النهر المواد ١٥ - ١٨ من قانون

وتختص اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي بالفصل في المنازعات المتعلقة بتوزيع طرح النهر والتعويض عن أكله . وتكون القرارات الصادرة من هذه اللجنة نهائية وغير قابلة لأي طعن بعد التصديق عليها من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي ، وتنفذ بالطريق الإداري (م ٢١ من قانون سنة ١٩٦٤) .

المبحث الثاني

الالتصاق الصناعي بالعقار

(التصاق المنشآت بالأرض بفعل الإنسان)

٩٦ - مالك الأرض يعتبر مالكا للمنشآت التي فيها - نص قانونه :

تنص المادة ٩٢٢ مدني على ما يأتي :

١ - كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى ، يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكا له .

٢ - ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبيا قد أقام هذه المنشآت على نفقته ، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل ، أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية ، وفيما عدا أن المشروع التمهيدي في الفقرة الثانية ورد فيه عبارة « على الأرض » بدلا من عبارة « كانت قائمة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٩٤ في المشروع النهائي ، بعد تعديلات لفظية . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٩١ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « على الأرض » الواردة في الفقرة الثانية « لأن المنشآت قد تكون على الأرض أو تحتها » ، فصار النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ٩٢٢ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١١ - ص ٣١٢) . ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن جرت بعض الأحكام على هذا المبدأ (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣١٦) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري ٨٨٦ م (موافق) .

التقنين المدني الليبي ٩٢٦ م (مطابق) .

التقنين المدني العراقي ١١١٧ م (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني ١١٣ م (موافق) .

ويتبين من النص المتقدم ، في فقرته الأولى ، أن المشرع قد وضع قرينة قانونية تقضى بأن كل ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى ^(١) يعتبر من عمل صاحب الأرض ، وأنه هو الذى أنشأه على نفقته ، ومن ثم يكون مملوكا له . وتستند هذه القرينة القانونية إلى مبدأ عام سبق أن بسطناه عند الكلام في حق الملكية في الجزء الثامن من الوسيط ، وتقرره المادة ٢/٨٠٣ مدنى إذ تقول : « ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيء في التمتع بها ، علوا أو عمقا » . وتقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التهيدى في صدد هذا النص الأخير : « ملكية الأرض تشمل السطح وما فوقه علوا وما تحته عمقا إلى الحد الذى يصلح للاستعمال . . . وتأسيسا على هذا المبدأ أورد المشروع نصين . . . يقرر في الثانى أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض ، أقامه على نفقته ويكون مملوكا له » ^(٢) . وعلى ذلك إذا قامت منشآت فوق الأرض أو تحتها ، فالفروض أنها مملوكة لصاحب الأرض وأنه هو الذى أقامها على نفقته ، ولا يجوز في خصومة بينه وبين شخص آخر يدعى ملكية هذه المنشآت أن يطالب باقامة الدليل على ذلك . كذلك إذا رفع شخص دعوى استحقاق على الحائز لأرض أقيم فيها منشآت ، وقدم الدليل على ملكيته للأرض ، فهذا الدليل وحده يكفي لافتراض أنه يملك المنشآت أيضا دون أن يطالب باقامة دليل غير الدليل الذى قدمه على ملكيته للأرض .

(١) ومثل المنشآت الأخرى غير البناء والغراس أن تقام في الأرض آلات أو مضخات أو أحواض تلتصق بها وتصبح عقارا بطبيعته ، ويمكن نزعها من الأرض وإعادة الأرض إلى أصلها . وكذلك المنشآت التى تقام فوق الأرض المنشآت التى تستحدث تحتها ، كالأفناق والمواسير والسرايب وما إليها . ولا تدخل في المنشآت المحاصيل الزراعية البورية ، لأن مصيرها الحصاد فلا تبقى في الأرض على سبيل الاستقرار والدوام . وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود بالمنشآت هو البناء والغراس الحادث في الأرض على سبيل الدوام ، فلا تدخل المحاصيل الزراعية البورية لما لها من نهاية معلومة (نقض مدنى ٣ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٩٠ ص ٦٣٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧ - ص ١٨ .

ويتبين كذلك من النص سالف الذكر ، في فقرته الثانية ، أن القرينة القانونية التي أقامها الفقرة الأولى على النحو المتقدم قرينة قابلة للإثبات العكس . فيجوز للخصم الذى يدعى ملكية المنشآت دون الأرض أن يدحض هذه القرينة القانونية بتقديم الدليل على أن المنشآت مملوكة له ، فيقع عبء الإثبات عليه دون صاحب الأرض (١) . ويجوز له أن يثبت ملكيته للمنشآت أيا كانت قيمتها بجميع الطرق . ويدخل فيها البينة والقرائن ، إذا كانت الواقعة التي يدعيها سببا لكسب هذه الملكية واقعة مادية لا تصرفا قانونيا ، كما إذا ادعى أنه هو الذى أقام المنشآت على نفقته . أما إذا ادعى أن سبب كسب ملكيته للمنشآت هو تصرف قانوني ، كما إذا ادعى أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض ينحوله ملكية المنشآت أو ينحوله الحق في إقامة المنشآت وتملكها ، فلا يجوز له أن يثبت هذا التصرف القانوني إلا وفقا للقواعد المقررة في إثبات التصرفات القانونية ، أى بالكتابة أو بما يقوم مقامها فيما يتجاوز قيمته عشرة جنيهات .

ونرى من ذلك أن الدليل العكسي الذى يقدمه من يدعى ملكية المنشآت إما أن يكون تصرفا قانونيا أو واقعة مادية . وقد أجازت الفقرة الثانية من المادة ٩٢٢ مدني سالف الذكر صراحة ، كمثل للتصرف القانوني ، أن يقيم أجنبي الدليل على أن صاحب الأرض قد نحوله ملكية المنشآت . ويتحقق ذلك إذا أثبت الأجنبي أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض على أن يمتلك الأجنبي الأبنية القائمة فوق سطح الأرض أو المشيدة تحت السطح ، بطريق الشراء أو بأى تصرف آخر ناقل للملكية . كذلك يستطيع الأجنبي أن يثبت أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض ينحوله الحق في إقامة المنشآت وتملكها ، فيكون هو لا صاحب الأرض الذى أقام المنشآت على نفقته وتملكها بموجب هذا الاتفاق . وتنص المادة ٣/٨٠٣ مدني تأكيديا لذلك : « ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها » . ونقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا

(١) نفى مدني ٥ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النفى ١٧ رقم ١٣٨ من ١٠١٩ .

الصدد : « ويجوز بالاتفاق تملك ما فوق السطح أو ما تحته مستقلاً عن السطح نفسه ولا يعتبر هذا الاتفاق مخالفاً للنظام العام ، وما . . حق الحكر وحق التعلل إلا ضروب مختلفة من ملكية ما فوق السطح » (١) . ويلاحظ أنه إذا تملك الأجنبي المنشآت القائمة في الأرض بموجب اتفاق بينه وبين صاحب الأرض ، فإنه لا يكون هناك مجال لإعمال حكم الالتصاق كسبب لكسب الملكية ، وتبقى ملكية الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها كما يقول النص ، ولا يحق لصاحب الأرض أن يطالب بملكية المنشآت عن طريق الالتصاق على خلاف الاتفاق الذي تم بينه وبين صاحب المنشآت . وأجازت الفقرة الثانية من المادة ٩٢٢ مدني سالفه الذكر صراحة أيضاً ، كمثل للواقعة المادية ، أن يقيم الأجنبي الدليل على أنه هو الذي أقام المنشآت على نفقته دون سابق اتفاق مع صاحب الأرض . ولكن هنا يقوم الالتصاق سبباً لكسب الملكية ، ومتى أقام الأجنبي الدليل على أنه هو الذي أقام المنشآت على نفقته ، فإن صاحب الأرض يملك المنشآت بالالتصاق (٢) في مقابل دفع تعويض للأجنبي .

٩٧ - صور نموت لملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق :
وإذا أقام الأجنبي الدليل على أنه هو الذي أقام المنشآت على نفقته ، أو أقام الدليل على أن صاحب الأرض هو غير صاحب المنشآت لأن الأجنبي هو الذي كان يملك المواد التي أقيمت المنشآت بها ، فلا يخلو ذلك من أن يكون في إحدى صور ثلاث :

الصورة الأولى : أن يكون صاحب الأرض هو الذي أقام المنشآت في أرضه بأدوات مملوكة للأجنبي ، فيكون صاحب الأرض هو الباني (٣) بأدوات غيره :

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن ملكية الأرض تستتبع ملكية ما يقام على هذه الأرض من مبان بحكم الالتصاق (نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٥٤٥) .

(٣) نقول « الباني » تعليفاً للقرض الراجح ، فقد تكون المنشآت غراساً أو شيئاً آخر غير البناء والنراس كما سبق القول ، ولكن الغالب أن تكون المنشآت بناء . والأحكام التي سنوردها في شأن البناء تنسرى على النراس والمنشآت الأخرى .

الصورة الثانية : أن يكون الأجنبي هو الذى أقام المنشآت فى الأرض بمواد مملوكة له ، فيكون صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره .
 الصورة الثالثة : أن يكون الأجنبي هو الذى أقام المنشآت فى الأرض بمواد مملوكة لشخص ثالث ، فيكون البانى قد بنى فى أرض غيره وبأدوات غيره .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد : « بعد أن قررت المادة . . قرينة فى صالح مالك الأرض هى أنه مالك لما فوقها وما تحته ، أصبح عبء الإثبات على من يدعى ملكية بناء أو غراس أو منشآت أخرى والأرض ليست له . فإذا أقام الدليل على أن صاحب الأرض هو غير صاحب المنشآت ، فلا تخلو الحال من أحد فروض ثلاثة : إما أن يكون صاحب الأرض هو البانى بأدوات غيره ، وإما أن يكون صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره ، وإما أن يكون البانى قد بنى فى أرض غيره وبأدوات غيره » (١) . وفى هذه الصور الثلاث جميعا يملك صاحب الأرض المنشآت بالاتصاق ، سواء كان هو الذى بنى بمواد غيره فى أرضه ، أو كان البانى أجنبيا قد بنى فى أرضه بمواد مملوكة للأجنبي أو مملوكة لشخص ثالث . وفى جميع الأحوال يجب على صاحب الأرض ، فى مقابل تملكه للمنشآت ، أن يعرض صاحبها وفقا للأحكام التى سيأتى بيانها ، وهى أحكام تقوم فى أساسها على مبدأ الإثراء بلا سبب (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٩ - ص ٣٣٠ .

(٢) ويستوى فى كل ذلك أن تكون الأرض ملكاً أو وقفاً ، وقد ألقى الوقف على غير الخيرات بموجب المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، ولكن بى الوقف على الخيرات . وقد قضت محكمة النقض بأن النزاع فيما زاده واضح « فى الأرض الموقوفة من مثل بناء أو شجر هونزاع فى أمر مدنى محض خاضع لأحكام القانون المدنى لا لأحكام الشريعة الإسلامية » (نقض مدنى ٧ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٥٦) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا بنى شخص فى أرض موقوفة وهو يعتقد أنها ملكه لأنها آلت إليه بطريق الشراء من تملكها كذلك بائثراء ، اعتبر بناؤه حاصلًا دون غش بالمعنى الوارد فى المادة ٦٥ مدنى (استئناف مصر ١٦ يونيو سنة ١٩٣٠ المخامة ١١ رقم ٢٠٧ ص ٣٦٩ - وانظر أيضاً استئناف وطنى ٢١ يناير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٤ ص ٨٤) . وقضى بأن للواقف البانى فى ملك الوقف حق التصرف فى بنائه ، كما له حق القرار . ولا حق بلهة الوقف سواء

وقبل أن نعرض بالتفصيل لكل من الصور الثلاث التي قدمناها لكسب صاحب الأرض المنشآت بطريق الالتصاق ، نذكر أنه يجب لتحقيق الالتصاق سببا لكسب ملكية المنشآت أن تكون هذه المنشآت قد اندمجت في الأرض

= في خيار إبقائه المباني ودفع قيمتها مستحقة المدمر أو ما زاد من ثمن العقار الموقوف بسبب إنشائها ، أو في طلب إزالتها إذ هذا الحق يكون للوقف في بعض الصور في حالة ما إذا كان الباقي غير الواقف (استئناف مصر ٦ يونيه سنة ١٩٣٢ المحللة ١٣ رقم ٢٧٨ ص ٥٣٦) . وإذا أقيمت المنشآت في أرض الوقف من ناظر الوقف أو من أحد المستحقين ، فإنه يرجع في ذلك إلى قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ وإلى أحكام الشريعة الإسلامية ، لأن الأمر يكون متعلقاً بنظام الوقف نفسه . وقد قضت محكمة النقض بأن بناء الناطقة من مالها الخاص في عين موقوفة هي المستحقة الوحيدة لها طول حياتها لا تحكمه قواعد القانون المدني ، بل إن قواعد الشريعة الإسلامية هي الواجبة التطبيق في هذا الصدد (نقض مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٠٧) . فنيما يتعلق بناظر الوقف ، إذا احتاجت أعيان الوقف إلى العمارة - ويدخل في العمارة أن تبنى في الأرض بيوت لتستغل وتصبح في حكم الدور الموقوفة : محمد أحمد فرج السهري في قانون الوقف جزء ٢ سنة ١٩٤٩ فقرة ٦٩٦ ص ٩٢٤ - فإن أحكام المادتين ٤٤ و ٥٥ من قانون الوقف هي التي تسمى . وتنص المادة ٥٤ من هذا القانون على أن « يحتجز الناظر كل سنة ٢٠٪ من صافي ريع مباني الوقف يخصص لممارتها ويودع ما يحتجز خزانة المحكمة ، ويجوز استغلاله إلى أن يحين وقت العمارة ، ولا يكون الاستغلال والصرف إلا باذن من المحكمة - أما الأراضي الزراعية فلا يحتجز الناظر من صافي ريعها إلا ما يأمر القاضي باحتجازه ، والصرف على إصلاحها أو لإنشاء وتجديد المباني والآلات اللازمة لإدارتها أو لصرف على عمارة المباني الموقوفة التي شرط الصرف عليها من هذا الريع بناء على طلب ذوى الشأن . ولناظر ولكل مستحق ، إذا رأى أن المصلحة في إلغاء الأمر بالاحتجاز أو تمديده ، أن يرفع الأمر إلى المحكمة لتقرر ما ترى فيه المصلحة . وتطبق هذه الأحكام ما لم يكن للواقف شرط يخالفه » . وتنص المادة ٥٥ من نفس القانون على أنه « مع مراعاة أحكام المادة السابقة ، إذا احتاجت أعيان الوقف كلها أو بعضها لعمارة تزيد نفقتها على خمس فاضل غلة الوقف في سنة ، ولم يرض المستحقون بتقديم العمارة على الصرف ، شرط الواقف تقديم العمارة أو لم يشرطه ، وجب على الناظر عرض الأمر على المحكمة لتأمر ، بعد سماع أقوال المستحقين ، بصرف جزء من الغلة للقيام بالعمارة أو احتجاز جميع ما تحتاج إليه العمارة أو باستخدام الاحتياطي المبين في المادة السابقة كله أو بعضه . ونتج هذه الأحكام في الصرف على إنشاء ما ينسب ريع الوقف عملاً بشرط الواقف . ومع مراعاة أحكام المادة ١٨ ، يجوز للمحكمة أن تبيع بعض أعيان الوقف لعمارة ياتيه بدون رجوع في غلته ، متى رأت المصلحة في ذلك » . أنظر في شرح هذه النصوص محمد أحمد فرج السهري في قانون الوقف جزء ٢ سنة ١٩٤٩ فقرة ٦٩٦ - فقرة ٧١٨ ص ٩٢٣ - ص ٩٣٦ - أما فيما يتعلق بعمارة المستحقين للوقف ، فلم يمد بعد إلغاء الوقف الأهل مستحق إلا الخيرات الموقوفة عليها .

اندماجاً تاماً وأصبحت بهذا الاندماج عقاراً بطبيعته . أما مجرد وضع منقول في أرض الغير دون أن يندمج في الأرض فيصبح عقاراً بطبيعته ، فلا يكتفى لأن يملك صاحب الأرض المنقول بالاتصاق . وحتى لو خصص صاحب الأرض المنقول لخدمة الأرض أو استغلالها ، فإن هذا لا يكتفى أيضاً لجعل المنقول عقاراً بالتخصيص ، إذ يجب ليكون المنقول عقاراً بالتخصيص أن يكون مالك الأرض هو مالك المنقول ، وهنا قد اختلف المالك . فيستطيع إذن صاحب المنقول أن يسترده من صاحب الأرض ، ولا يستطيع هذا الأخير أن يدعى ملكيته بطريق الاتصاق . وذلك ما لم يكن صاحب الأرض حسن النية في حيازته للمنقول ، فعندئذ يملك المنقول بالحيازة ، وعندئذ يجوز أن يكون المنقول عقاراً بالتخصيص لاتحاد المالك . ولكن إذا كان صاحب الأرض قد تملك المنقول هنا ، فانما يملكه بالحيازة كما قدمنا لا بالاتصاق ، لأن المنقول لم يصبح عقاراً بطبيعته (١) .

ويجب أيضاً ، حتى يتحقق التملك بالاتصاق ، ألا يكون هناك اتفاق بين صاحب الأرض وصاحب المنشآت على مصير هذه المنشآت . فإذا وجد اتفاق صريح أو ضمني ، امتنع التحدى بقواعد الاتصاق (٢) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٤ - بودى وشوفو فقرة ٣٥٦ - بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ٢٩٦٣ - كولان وكاييتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٤٣ - مارك ورينو فقرة ١٢٨ ص ١٤٤ - ويذهب رأى في الفقه الفرنسى إلى أن المنشآت إذا اندمجت في الأرض فأصبحت عقاراً بطبيعته ، ولكن صاحب المنشآت هدماً قبل قيام النزاع بينه وبين صاحب الأرض ، فإن صاحب الأرض لا يملك المنشآت في هذه الحالة ، وليس له أن يطالب بقيمتها بحجة أنها هدمت وهى على ملكه بل يطالب بالتعويض الضرر الذى أصاب الأرض من جراء هدم المنشآت (أوبرى ودو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٦٣ - بودى وشوفو فقرة ٣٦٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٤ - وانظر أيضاً نقض فرنسى ١٦ فبراير سنة ١٨٥٧ دالوز ٥٧ - ١ - ١٢٠ - أنيسكلويدى دالوز ١ لفظ Construction فقرة ٣٦) . وهذا الرأى على النظر ، فإن المنشآت متى اندمجت في الأرض وأصبحت عقاراً بطبيعته ، تملكها صاحب الأرض ، سواء كان ذلك بعد قيام النزاع أو قبل قيامه . فإذا هدمت ، فانه يبدو أنها تهدم وهى على ملك صاحب الأرض . وله أن يطالب بقيمتها على أساس أنها هدمت وهى على ملكه ، وعليه أن يدفع التعويض المستحق لصاحب المنشآت طبقاً لقواعد الاتصاق (أنظر مايل فقرة ١٠٠) .

(٢) نقض مدنى ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٨ ص ١٦٦ . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا كان عقد الاتفاق المبرم بين الحارس على الوقف وبين المتأجر =

المطلب الاول

الصورة الأولى - صاحب الأرض هو الباني بأدوات غيره

٩٨ - نص قانونى : تنص المادة ٩٢٣ مدنى على ما يأتى :

« ١ - يكون ملكا خالصا لصاحب الأرض ما محدثه فيه من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره ، إذا لم يكن ممكنا نزع هذه المواد دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم ، أو كان ممكنا نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خلال ستة من اليوم الذى يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت في هذه المنشآت » .

« ٢ - فإذا تملك صاحب الأرض المواد ، كان عليه أن يدفع قيمتها مع التعويض إن كان له وجه . أما إذا استرد المواد صاحبها فإن نزعها يكون على نفقة صاحب الأرض » (١) .

وبقابل هذا النص المادة ٦٤ من التقنين المدنى الوطنى السابق (٢) .

صريحاً في أن الإحراصة ملزمة بدفع جميع المصروفات التى صرفت في الإنشاء والتجديد بالوقف حسب تقديرها بواسطة خير في وقت إنشائها ، فانه يكون من المتعين على المحكمة أن تأخذ بأحكام هذا المقتضى دون نظر إلى مازاد في قيمة الأرض ولا إلى ارتفاع أسعار المهمات والأدوات وقت رفع الدعوى ، إذ العقد قانون المتماقدين (نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٤ ص ١٨٩) . وقضت محكمة الإسكندرية الكلية (مستعجل) بأنه ليس في المواد الخاصة بالألتصاق أحكام متعلقة بالنظام العام ، ففى وجد بين المتخاصمين رابطة عقدية بشأن أحوال الالتصاق ، فان أحكام العقد هى التى تكون مناط تحديد علاقة الطرفين أحدهما بالآخر (اسكندرية مستعجل ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٢٦٢ ص ٧٧٣) . وانظرا استئناف مختلط ١٠ يوفيه سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٢ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٨ من المشروع انتهيدى عل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٥ في المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٣ (مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ٣١٣ - ص ٣١٥) .

(٢) التقنين المدنى الوطنى السابق م ٦٤ : إذا جدد مالك الأرض أبنية أو غراساً أو غير ذلك من الأعمال بمهمات وأدوات كانت ملكاً لغيره ، وجب عليه دفع قيمة المهمات والأدوات المذكورة لملكها ، ويجوز الحكم عليه أيضاً بدفع تعويضات إذا فعل ذلك بطريقة النش والتدليس . ولا يسوغ لمالك المهمات أن يتزعموا من محل وضعها .

(وأحكام التقنين المدنى الوطنى السابق تنفق في مجموعها مع أحكام التقنين المدنى الجديد ، ولكن التقنين المدنى الوطنى لا يميز بين ما إذا كانت المواد يمكن نزعها من الأرض أو كان لا يمكن نزعها دون أن يلحق المنشآت ضرر جسيم ، ويصرح أن التعويض لا يكون واجباً إلا في حالة النش والتدليس) .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٨٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٢٧ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١١٨ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢١٤ (١) .

ويخلص من هذا النص أن صاحب الأرض إذا بنى بأدوات غيره يملك المنشآت التي بناها على التفصيل الذي سنذكره ، وعليه أن يعرض صاحب الأدوات عن ملكية الأدوات التي فقدها . على أنه يجب التمييز في ذلك بين ما إذا كان صاحب الأرض حسن النية ، أو كان سيء النية ، ثم إن الذي يملكه صاحب الأرض بالاتصاق هي أدوات البناء ، أما غير أدوات البناء كتمثال يدججه في البناء فإنه لا يملكه بالاتصاق . ونفصل الآن ما أحلناه .

٩٩ - صاحب الأرض من النية : إذا كان صاحب الأرض ، وهو يبنى بأدوات غيره ، حسن النية أى يعتقد أن هذه الأدوات هي ملك له ، فيغلب أن يكون قد تملكها فعلا بالحيازة . وعلى ذلك لا يكون في حاجة إلى أن يملكها بالاتصاق ، ويكون قد بنى في أرضه بأدوات مملوكة له ، فتكون المنشآت ملكا له ، وتسرى عليها أحكام الحيازة لأحكام الاتصاق (٢) وقد يكون صاحب الأرض معتقدا أن الأدوات مملوكة له فيتوافر عنده حسن النية ، ولكن لا يتوافر عنده السبب الصحيح ، كما لو كان حائزا للأدوات بسبب ظنى لا وجود له ، أو تكون الأدوات مسروقة أو ضائعة . فعندئذ لا تتوافر شروط القاعدة التي تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية ، ولا يملك صاحب الأرض الأدوات بالحيازة . ويكون في هذه الحالة قد بنى في أرضه بأدوات مملوكة لغيره بالرغم من حسن نيته ، فاذا

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٨٧ (موافق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١١٨ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢١٤ (موافق) .

(٢) بلا نيول ك ريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٥ ص ٢٦٤ - كولان وكايبان ودى لا موانغير

ما أقام المنشآت تملكها لا بالحيازة بل بالالتصاق ، ويستوى في ذلك هو صاحب الأرض سىء النية (١) .

١٠٠ - صاحب الأرض سىء النية : أما إذا كان صاحب الأرض سىء النية بأن كان يعلم أن الأدوات غير مملوكة له ، أو كان حسن النية ولكن لم يتوافر عنده السبب الصحيح ليمتلك الأدوات بالحيازة على النحو الذى قدمناه ، فإنه يجب التمييز بين فرضين (٢) .

(الفرض الأول) ألا يكون ممكناً نزع الأدوات دون أن يلحق بالمنشآت ضرر جسيم (٣) ، كأن تكون هذه الأدوات طوباً أو جيراً أو جبساً أو دهاناً أو نحو ذلك ، وهذا هو الفرض الغالب . وفى هذا الفرض يملك صاحب الأرض الأدوات بمجرد إدماجها فى الأرض بحيث تصبح عقاراً بطبيعته ، وسبب كسب الملكية هنا هو الالتصاق . ومتى تملك صاحب الأرض الأدوات بالالتصاق على هذا النحو ، فإنه لا يفقد ملكيتها إلا بسبب جديد من أسباب نقل الملكية . وعلى ذلك لو هدمت المنشآت بعد أن اندجعت فى الأرض ،

(١) محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٧ ص ٩٦ .

(٢) ولم يكن التفتين المدنى الوطنى السابق يميز بين هذين الفرضين ، بل كان صاحب الأرض يملك الأدوات فيها معاً فى مقابل دفع القيمة والتعويض أما فى التفتين المدنى الجديد ، فسرى أن لصاحب الأدوات نزعها من الأرض فى خلال سنة إذا كان نزع الأدوات لا يلحق ضرراً بصاحب الأرض ، وإلا فلا يجوز له نزعها ويكتفى بأخذ قيمتها مع التعويض إن كان له محل (انظر آنفاً ص ٢٦٧ هامش ٢) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وهذا الحكم (حكم التفتين المدنى الجديد) يختلف عن حكم التفتين الحال (السابق) فى أن هذا التفتين لا يميز بين ما إذا كان نزع المواد يلحق ضرراً بالأرض أولاً يلحق ، وفى الحالتين يتسلك صاحب الأرض بالمواد ويدفع قيمتها مع التعويض إن كان له محل ، ولا يجوز لصاحب المواد أن يطلب نزعها فى أى حال . وواضح أن حكم المشروع وجه العدالة فيه أظهر (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٠) .

(٣) وكذلك إذا لم يكن ممكناً نزع الأدوات دون أن يلحق الأرض نفسها ضرر جسيم ، وإن كان الضرر الجسيم الذى يلحق الأرض غير وارد فى النص . ويمكن تخريج ذلك على مبدأ التسف فى استعمال الحق ، فإن صاحب الأدوات يتصرف فى استعمال حقه فى المطالبة بنزع الأدوات إذا كان نزعها يلحق بالأرض ضرراً جسيماً (محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٨ ص ٦٧) . بل أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لم تذكر إلا الضرر الجسيم الذى يلحق الأرض ، وكان الواجب أن تذكر أيضاً ، ومن باب أولى ، الضرر الجسيم الذى يلحق بالمنشآت (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٠) .

سواء كان ذلك بحادث فجائي أو بفعل صاحب الأرض ، فإن صاحب الأدوات لا يستعبد ملكيتها ، سواء كان قد أخذ التعويض عنها من صاحب الأرض أو كان لم يأخذها بعد ، وسواء عرض رد التعويض إذا كان قد أخذها أو لم يعرض رده^(١) .

وما دام صاحب الأرض يملك الأدوات بالالتصاق على النحو الذى ذكرناه ، فإنه يكون ملتزما بالتعويض نحو صاحب هذه الأدوات . فعليه أولا أن يدفع له قيمتها ، ويبدو أن القيمة تقدر وقت انتقال ملكية الأدوات لصاحب الأرض ، أى وقت إدماج الأدوات فى الأرض وصيروتها عقارا بطبيعته^(٢) . وعليه فوق ذلك أن يدفع لصاحب الأدوات تعويضا عما عسى أن يكون قد أصابه من ضرر بسبب عدم استرداده للأدوات التى كانت مملوكة له ، كما لو كان فى حاجة إلى هذه الأدوات وتسبب عن تأخره فى استبدال غيرها بها ضرر له^(٣) . وليس من الضروري لاستحقاق التعويض أن يكون صاحب الأرض قد أدمج الأدوات فى الأرض « بطريق الغش والتدليس » كما كان التقنين المدنى الوطنى السابق يشترط ، ويكفى أن يكون هناك خطأ فى جانب صاحب الأرض ولو لم يصل هذا الخطأ إلى حد الغش والتدليس ، فإن المادة ٩٢٣/٢ ملغى تلزم صاحب الأرض بدفع التعويض « إن كان له وجه » . وغنى عن البيان أن التعويض يزيد فى حالة ما إذا كان صاحب الأرض سىء النية يعلم أن الأدوات غير مملوكة له ، عما إذا كان حسن النية يعتقد أن الأدوات مملوكة له ولكنه لم يملكها بالحيازة لعدم توافر السبب الصحيح . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٦ - كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١١٤٣ - جوسران ١ فقرة ١٦٦١ - دى باج ٦ فقرة ٤٦ - ماري ورينو فقرة ١٢٨ ص ١٤٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٧١ - شفيق شحاتة فقرة ٢٣٨ ص ٢٥١ - عبد المنعم البدرائى فقرة ٤٤ - عبد المنعم فرح الصده فقرة ٢٥٧ ص ٣٧٤ - وقارن إذا كان المضم قبل قيام النزاع آنفاً ص ٢٦٦ دماش ١ . كالا يجوز لصاحب الأرض أن يلزم صاحب المواد بعد نزعها بأخذها بدلا من التعويض (شفيق شحاتة فقرة ٢٣٨ ص ٢٥١) .

(٢) دى باج ٦ فقرة ٦٠ - عبد المنعم البدرائى فقرة ٤٣ ص ٥٢ .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٣٥٣ - كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١١٤٣ .

في صدد هذا التعويض : . . . ودفع (صاحب الأرض) تعويضا لصاحب الأدوات يزيد إذا كان صاحب الأرض سىء النية ^(١) . وواضح أن ما يلتزم به صاحب الأرض لصاحب الأدوات من دفع قيمة الأدوات والتعويض ليس تطبيقا دقيقا لمبدأ الإثراء بلا سبب ، فإن هذا المبدأ كان يقضى بأن يدفع صاحب الأرض أقل القيمتين ، قيمة ما أثرى به وقيمة ما انتقر به صاحب الأدوات . ومن ثم يكون التزام صاحب الأرض بدفع قيمة الأدوات التزاما مصدره القانون لا مبدأ الإثراء بلا سبب ، وتكون مدة تقادمه خمس عشرة سنة لا ثلاث سنوات ^(٢) . أما التزامه بدفع التعويض فمصدره العمل غير المشروع ، ويتقادم بثلاث سنوات وقفا للقواعد المقررة في تقادم الالتزامات التصهيرية .

(الفرض الثاني) أن يكون ممكنا نزع الأدوات دون أن يلحق المنشآت ضرر جسيم ^(٣) ، كأن تكون الأدوات أبوابا وضعها صاحب الأرض في البناء أو أدوات صحية ألصقها به أو بلاطا ألصقه بأرضيته أو خشبا من « الباركيه » غطى به أرضية الغرف ، فإن هذه الأدوات وأمثالها يمكن نزعها من البناء دون أن يلحقه من هذا التزع ضرر جسيم . وفي هذا الفرض لا يملك صاحب الأرض الأدوات بمجرد إدماجها في الأرض ، بل تبقى على ملك صاحبها . ويستطيع هذا المطالبة بنزعها من الأرض واستردادها ، بشرط أن يرفع دعوى الاسترداد في خلال سنة من اليوم الذي يعلم فيه أنها اندمجت في المنشآت ، والعلم بذلك واقعة مادية يجوز لصاحب الأرض إثباتها بجميع الطرق . فإذا رفع صاحب الأدوات دعوى الاسترداد في هذا الميعاد ، كان له أن يسترد الأدوات فقد بقيت على ملكه كما قدمنا . ويلتزم صاحب الأرض بنفقة نزع الأدوات ، ويلتزم كذلك بتعويض صاحب الأدوات إن كان لهذا التعويض محل ^(٤) ، ويستوى في كل ذلك أن يكون صاحب

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٠ .

(٢) محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٩ .

(٣) وكذلك دون أن يلحق الأرض ضرر جسيم ، وقد سبق بيان ذلك (آنفاً ص ٢٦٩

مشر ٣) .

(٤) حين كبيرة ص ٦٦ - وأساس التعويض خطأ في جانب صاحب الأرض ، فتكون مسئولية هذا الأخير عن التعويض مسئولية تصهيرية . ويدخل في التعويض الفرق بين قيمة الأدوات قبل إدماجها وقيمتها بعد نزعها ، فإن هذا الفرق تعويض عن ضرر أصاب صاحب الأدوات بسبب خطأ صاحب الأرض (قارن محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٩ ص ٦٩) .

الأرض سىء النية أو حسن النية ولكنه لم يملك الأدوات بالحليزة لعدم توافر السبب الصحيح (١).

أما إذا انقضت السنة دون أن يرفع صاحب الأدوات دعوى بإسردادها، فإنه لا يستطيع استردادها بعد ذلك (٢)، ويملكها صاحب الأرض بالاتصاق (٣). وتكون ملكية صاحب الأرض للأدوات بطريق الاتصاق إذن ملكية معلقة على شرط واقف، هو ألا يرفع صاحب الأدوات دعوى الاسترداد في خلال السنة. وهذا الشرط هو نفسه شرط فاسخ بالنسبة إلى صاحب الأدوات، فهو يملكها ملكية معلقة على شرط فاسخ هو ألا يرفع دعوى الاسترداد في خلال السنة. فإذا تحقق الشرط ولم يرفع صاحب الأدوات دعوى الاسترداد في خلال السنة، أصبح صاحب الأرض مالكا بحكم الاتصاق للأدوات منذ إدماجها في الأرض بفضل الأثر الرجعى لتحقق الشرط الواقف، واعتبرت ملكية صاحب الأدوات لهذه الأدوات منذ إدماجها في الأرض كأنها لم تكن بفضل الأثر الرجعى لتحقق الشرط الفاسخ. وإذا أصبحت ملكية صاحب الأرض للأدوات نافذة بانه بتحقيق الشرط الواقف، وجب عليه أن يدفع قيمة الأدوات لصاحبها وأن يدفع له تعويضا إن كان للتعويض محل، وذلك كله على التفصيل الذى سبق أن بسطناه في الفرض الأول. وغنى عن البيان أن صاحب الأدوات ليس في حاجة لأن ينتظر انقضاء السنة لتقاضى قيمة الأدوات والتعويض، فان له أن يتزل قبل ذلك عن

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد: «يجوز لصاحب الأدوات أن يطلب نزعها إذا لم يكن في ذلك ضرر يلحق الأرض... ويكون النزاع على نفقة صاحب الأرض سواء كان سىء النية أو حسن النية» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٠).

(٢) والسنة مدة سقوط *délai de déchéance* لامة تقادم، فلا يرد عليها أسباب الوقف أو الانقطاع (عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤٣ ص ٥١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٧ ص ٢٧٤).

(٣) ولا يجوز لصاحب الأرض في خلال السنة، حتى لو كان حسن النية، أن ينزع الأدوات ويجبر صاحبها على استردادها تقادياً من دفع قيمتها مع التعويض، إذا لم يرد صاحب الأدوات ذلك، فان الخيار بين نزع الأدوات واستبقائها في الأرض هو لصاحب الأدوات لاصحاب الأرض (أنظر في هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٩ ص ٦٩).

دعواه في استرداد الأدوات ، فيستحق قيمتها والتعويض منذ نزوله عن دعواه .

١٠١ - وضع منقول في الأرض غير أدوات البناء : والمفروض

في كل ما تقدم أن الذي أدمجه صاحب الأرض في أرضه هو من أدوات البناء . أما إذا كان قد أدمج شيئا غير أدوات البناء ، كأن أدمج تمثالاً أو أثراً ثميناً مملوكاً للغير ، فإنه لا يملكه بالالتصاق . ويبقى المنقول على ملكية صاحبه ، وله في أي وقت أن يسترده ولو بعد انقضاء السنة ، بل ولو أحدث نزعه ضرراً جسيماً بالبناء أو بالأرض ، وكل ذلك ما لم يكن صاحب الأرض قد تملك المنقول بالحيازة أو بالتقادم الطويل . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ومفروض فيما تقدم أن صاحب الأرض بنى بأدوات بناء . أما إذا كان قد أدخل في بنائه تمثالاً أو أثراً ثميناً أو نحو ذلك مما لا يعتبر من أدوات البناء ، فلا يملكه بالالتصاق مطلقاً . بل يجب نزعه في أي وقت يطلب صاحب التمثال أو الأثر فيه ذلك ، ولو بعد السنة ، بل ولو أحدث النزاع ضرراً جسيماً بالبناء » (١) .

المطلب الثانى

الصورة الثانية - صاحب الأدوات هو البانى في أرض غيره

١٠٢ - قروض مختلفة : نواجه في هذه الصورة الثانية وضعاً عكسياً

للوضع السابق . ففي الوضع السابق واجهنا صاحب الأرض يبنى بأدوات غيره ، وفي هذا الوضع نواجه صاحب الأدوات يبنى في أرض غيره . والوضع في هذه الصورة الثانية هو الأكثر وقوعاً في العمل ، فقل أن نجد ما لكنا يبنى في أرضه بأدوات غيره ، ولكن كثيراً ما نجد أجنبياً يبنى بأدواته في أرض غيره .

وأول الفروض التي تقع لنا في هذه الصورة الثانية أن يكون للأرض حائز لا يملكها ، ويقيم فيها منشآت . ثم يرفع مالك الأرض دعوى استحقاق

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣٠ - وانظر أنيسكلويدى دالوز ١ نغظ

Construction فقرة ٣٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٦٨ - عبدالمحمم البدرأوى فقرة ٤٢ ص ٥١ -

عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٥٦ ص ٢٧٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٨٩ .

على الحائز ، فيسترد منه الأرض . وفيما يتعلق بالمنشآت التي أقامها الحائز ، يقضى القانون بأنها تكون ملكا لصاحب الأرض ، وقد تملكها بطريق الالتصاق ، وعليه أن يعرض صاحب المنشآت . ويختلف التعويض بحسب ما إذا كان الحائز سىء النية أو حسن النية ، فعندنا إذن فرضان : فرض ما إذا كان الباني سىء النية يعلم أن الأرض مملوكة لغيره ، وفرض ما إذا كان الباني حسن النية يعتقد أن له الحق في إقامة المنشآت . والأحكام التي تنسرى على هذين الفرضين هي الأحكام العامة في الالتصاق في صورته الثانية .

وليس الأمر مقصورا على الحائز يبني في أرض غيره فترفع عليه دعوى الاستحقاق وتسترد منه الأرض والمنشآت (tiers évincé) ، بل إن النصوص عبارتها عامة تشمل كل شخص يقيم منشآت في أرض مملوكة لغيره (١) . ويمتنع في ذلك أن يكون الباني حائز الأرض بنية التملك أو يكون حائزا لها حيازة عرضية ، كما يستوى أن تكون هناك علاقة تعاقدية بين صاحب الأرض والباني أو أن تكون هذه العلاقة غير موجودة . ومن ثم تنسرى أحكام الالتصاق في الفروض الآتية : (١) فرض ما إذا رخص صاحب الأرض للباني في البناء . (٢) فرض ما إذا بني المتفع في الأرض المتفع بها . (٣) فرض ما إذا بني المالك ثم أبطلت ملكيته أو فسخت . (٤) فرض ما إذا بني البائع في الأرض المباعة قبل تسجيل عقد البيع ، أو بني المشتري في هذه الأرض قبل التسجيل . ففي هذه الفروض جميعا ، إذا تملك صاحب الأرض المنشآت بطريق الالتصاق ، وجب عليه أن يدفع تعويضا لصاحب المنشآت . وقد جعل القانون ، من جهة ، ضمانا لصاحب

(١) وهذا بخلاف التقنين المدني الفرنسي ، فإن نص المادة ٥٥٥ منه قد ورد فيها عبارة tiers évincé . وقد حمل ذلك أكثر الفقهاء في فرنسا على قصر هذه المادة على الحائز الذي يبني في أرض غيره وترفع عليه دعوى الاستحقاق . ولكن القضاء الفرنسي نهج نهجا آخر ، وعم النص حتى شمل كل شخص يبني في أرض غيره ، سواء كان حائزا بقصد التملك أو كانت حيازته عارضة . على أن الفقه الفرنسي ، إذا كان لا يطبق نفس المادة ٥٥٥ مدني فرنسي على الفروض التي يكون فيها الباني غير حائز للأرض بنية التملك ، فإنه يجري على هذه الفروض أحكام هذه المادة بطريق القياس .

المنشآت هو حق حبسها حتى يستوفى التعويض ، ويسر ، من جهة أخرى ، على صاحب الأرض أداء التعويض بأن أجاز للقاضي أن يجعل الأداء على أقساط دورية .

على أن أحكام الالتصاق لا تسرى في الفروض التي وردت فيها نصوص صريحة مخالفة لهذه الأحكام ، إذ يجب عندئذ تطبيق هذه النصوص الصريحة دون أحكام الالتصاق . ونذكر من هذه الفروض ثلاثة : (١) فرض ما إذا بنى المستأجر في العين المؤجرة . (٢) فرض ما إذا بنى المشتري في العقار المشفوع فيه . (٣) فرض ما إذا بنى المحتكر في الأرض المحكرة .

ويبقى بعد ذلك أن نستبعد فرضين لا ينطبق عليهما أحكام الالتصاق : (١) فرض ما إذا بنى المالك في الشيوع في الأرض الشائعة . (٢) فرض ما إذا بنى الفضولي أو الوكيل في أرض رب العمل أو الموكل (١) .

واستثنى القانون أخيراً من أحكام الالتصاق فرضين : (١) فرض ما إذا جار الباني بحسن نية على جزء صغير من الأرض الملاصقة . (٢) فرض المنشآت الصغيرة المقامة في أرض الغير لا على سبيل الدوام .

فهذه جملة من المسائل قد تجمعت تحت الصورة الثانية التي نحن بصدددها ، والتي هي الصورة الأكثر وقوعاً في العمل كما قدمنا . فنبحث هذه المسائل على التعاقب تحت العناوين الآتية : (١) الأحكام العامة في الالتصاق في صورته الثانية . (٢) فروض أخرى تسرى عليها الأحكام العامة للالتصاق في صورته الثانية . (٣) أداء التعويض لصاحب المنشآت . (٤) فروض وردت فيها أحكام خاصة غير أحكام الالتصاق . (٥) فروض تستبعد أصلاً من نطاق أحكام الالتصاق . (٦) فروض تستثنى من أحكام الالتصاق .

(١) أنظر المادة ٨٩٢ مدني سوري ، والمادة ١١٢٣ مدني عراقي ، والمادة ٢١٩ من قانون الملكية العقارية اللبناني .

§ ١ - الأملام العامة في اللائحة في صورة الثانية

١٠٣ - الباني متى الثانية يعلم أنه الأرض مملوكة لغيره - نص قانوني

نص المادة ٩٢٤ مدني على ما يأتي :

١ - إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض : كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه ، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت ، أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت .

٢ - ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقاً لأحكام الفترة السابقة (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٩ من المشروع القمهيدي على الوجه الآتي : « ١ - إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب هذه الأرض ، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها وأن يطلب التعويض إذا كان له وجه ، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت .

٢ - وكذلك يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت في مقابل دفع قيمتها مستحقة للإزالة أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت . » ووافقت عليه لجنة المراجعة ، بعد تعديلات لفظية ، تحت رقم ٩٩٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٣ . وفي لجنة الشيوخ اعترض على حكم الفقرة الأولى وقيل إنه إذا سكت صاحب الأرض ولم يطلب الإزالة في ميعاد سنة سقط حقه في طلبها ، وفي هذا تحسين لمركز الباني سوء أنية . كذلك قيل إن مدة السنة قليلة ، لأنه قد يكون صاحب الأرض رقيق الحال بحيث لا يتمكن فيها من طلب الإزالة . فأبقيت بأن مدة السنة تبدأ من وقت العلم ، وأنه إذا انقضت هذه السنة ولم يطلب صاحب الأرض إزالة المنشآت يكون ذلك بمثابة اختبار ضمني من صاحب الأرض لا استبقاء هذه المنشآت . واستقر رأي اللجنة ، رغبة في إيضاح الحكم الوارد في هذه المادة واستكمالها بما يبين حق صاحب الأرض في طلب إزالة المنشآت أو رضائه ببقائها ، على تعديل الفقرة الأولى من المادة بإضافة العبارة الآتية إلى نهايتها : « وله أيضاً أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في -

والنص جاء في عبارات عامة تشمل كل شخص يقيم منشآت في أرض غيره بمواد من عنده ، وهو يعلم أن الأرض غير مملوكة له . ونقتصر

«نحن الأرض بسبب هذه المنشآت» . ورأت اللجنة كذلك تعديل الفقرة الثانية كالاتي : « ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبق المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة » ، فأصبح النص تحت رقم ٩٢٤ مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ومن هذا يتضح أنه إذا مرت سنة ولم يستعمل صاحب الأرض حق الاختيار ، فليس له إلا أن يستبق المنشآت مع دفع التمييز على الوجه المبين بهذه المادة . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١٥ - ص ٣١٩) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٣٥١/٦٥ : فإذا حصل الفراس أو البناء أو غير ذلك من الأعمال من شخص بمهمات وأدوات نفسه في ملك غيره ، فالمالك يحير بين إبقاء هذه الأشياء بأرضه وبين إلزام فاعلها بنزعها - ففي حالة ما إذا اختار صاحب الأرض نزع هذه الأشياء ، تكون مصاريف انتزاعها أو هدمها على فاعلها بدون إعطائه تمويضاً ما . ويجوز زيادة على ذلك أن يحكم على الفاعل المذكور بتعويض الخسارة التي تنشأ عن قطعه لصاحب الأرض - وأما إذا اختار صاحب الأرض إبقاء تلك الأشياء ، فيكون غير أمين دفع قيمة الفراس أو البناء على القلع وبين مبلغ مساو لما زاد في قيمة الأرض بسبب ما حدث بها . التقنين المدني المختلط م ٩٠ : إذا لم يثبت حصول الإذن من المالك بدون شرط ولا قيد ، تعتبر الأرض عارية ، ويكون للمالك الخيار بين طلب هدم البناء وإزالة الفراس وبين إبقائها له مع دفع قيمة المهمات والأدوات وأجرة الصلة .

(والتقنين المدني الوطني السابق هو الذي يتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن التقنين الوطني السابق لم يضرب أجلاً (سنة) لصاحب الأرض في طلب الإزالة ، ولم يجعل لصاحب المنشآت الحق في طلب نزع المواد دون الإضرار بالأرض إذا لم يختار صاحب الأرض استبقاء المنشآت) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٨٨٨ (موافق) . م ٣/٨٩٠ : وإذا كان هذا الغير (سمي التية) قد بنى أو غرس ، فيلزم بهدم البناء وقلع الأغراس ، ما لم يفضل مالك الأرض إبقائها لقاء دفعه لذلك الغير قيمة مواد البناء والفرس ، بعد حسم المصاريف التي يتكبدها الغير فيما لو ألزم بنزعها .

م ٨٨٥ : ١ - يصبح مالك الأرض مالئاً بطريق الالتصاق للبذار الذي بذره الغير في أرضه ، بشرط أن يدفع له قيمة البذار . غير أنه يحق له إذا شاء ترك المحصولات لهذا الغير مقابل دفع أجرة المثل من سنة واحدة . ٢ - إذا لم يكن قد فات زمن البذار ، فيحق للمالك الأرض أن يعمل الغير الذي بذرها على نزع بذاره بدون تمويض عليه عن أعمال الحراثة والبذر . (ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١١٩ : إذا أحدث شخص بناء أو غرساً أو منشآت لغرضه

هنا على تطبيقه في أحد فروضه ، هو الفرض الذي يكون فيه الباني في أرض غيره حائزاً للأرض بنية تملكها ، وترفع عليه دعوى استحقاق من مالك الأرض ، فيسرد هذا الأخير الأرض والمنشآت طبقاً للقواعد التي سندكرها فيما بعد. وهذه القواعد هي الأحكام العامة في الالتصاق فيما يتعلق بالباني في أرض غيره بمواد من عنده وهو يعلم أن الأرض غير مملوكة له ، نوردها هنا ، على أن نطبقها بعد ذلك في فروض أخرى مختلفة غير فرض الحائز للأرض بنية تملكها .

ونفرض الآن أن شخصاً وضع يده على أرض مملوكة لغيره باعتبار أنه المالك ، وقد أقام منشآت في هذه الأرض بمواد من عنده . ونفرض أن مالك الأرض رفع دعوى الاستحقاق على الحائز واسترد الأرض ، فعند ذلك تأتي مسألة المنشآت . ويفترض بادئ ذي بدء ، أن الحائز حسن النية وقت أن أقام المنشآت ، فإذا ادعى مالك الأرض أنه سيء النية ، أي يعلم وقت أن أقام المنشآت أن الأرض مملوكة لغيره وقد أقام المنشآت دون رضا مالك الأرض : فعلى هذا الأخير يقع عبء الإثبات^(١) . وعلى ذلك يجب على مالك الأرض أن يثبت سوء نية من أقام المنشآت ، كأن يثبت أن هذا الأخير قد اغتصب الأرض ، أو أنه خازها في مبدأ الأمر وهو

بمواد من عنده على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها ، كان لهذا أن يطلب قلع المهدئات على نفقة من أحدثها . فإذا كان القلع مضرراً بالأرض ، فله أن يملك المهدئات بقيمتها مستحقة القلع .

م ١١٢٤ : فإذا بذر أجنبي في أرض الغير بدون إذن ونيت البذر ، كان لمالك الأرض الخيار في أن يملك البذر بمثل أو أن يترك الأرض بيد الأجنبي حتى الحصاد بأجر المثل .

(لا مقابل لهذا النص في التقنين المدفوع المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢١٥ (موافق) .

م ٢١٧ (موافق لقاعدة ٣/٨٩٠ سوري) .

م ٢١٢ (موافق لقاعدة ٨٨٥ سوري) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا بني شخص على أرض مملوكة لغيره ، فالمكلف بإثبات سوء نية الباني هو مالك العقار ، الذي ليس له أن يطلب إزالة البناء ما لم يثبت سوء نية الباني . ولا يعتبر الباني سيء النية بمجرد كونه وارثاً لمستأجر العقار (استئناف وطني ١٧ مايو سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨١ ص ١٥٩) - وقارن استئناف مخطط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٢٢ - ٩ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٠٨ .

حسن النية بأن اعتقد أنه وارث لها أو أنها آلت إليه عن طريق الوصية ثم كشف بعد ذلك أنه غير وارث أو أن الوصية باطلة أو عدل عنها الموصى ومع ذلك بقى حائزا للأرض وأقام فيها المنشآت وهو يعلم أنها غير مملوكة له (١).

فى هذا الفرض ، عند ما يسترد مالك الأرض أرضه وتأتى مسألة المنشآت التى أقامها الحائز ، يضع القانون فى هذه المسألة قواعد مفصلة ، يستخلص منها أنه يجب تمييز بين عهدين :

(العهد الأول) السنة التى تبدأ من اليوم الذى يعلم فيه مالك الأرض بأقامة المنشآت ، وعقب إثبات العلم هنا يقع على صاحب المنشآت ، وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات لأن العلم واقعة مادية . وفى خلال هذه السنة يكون "صاحب الأرض بالخيار بين أمرين : الأمر الأول أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها ، ويطلب منه فوق ذلك التعويض عما عسى أن تحدثه إزالة المنشآت من ضرر بالأرض ، وذلك جزاء سوء نية من أقام المنشآت فقد أقامها فى الأرض وهو يعلم أنها غير مملوكة له . وفى هذه الحالة يهدم صاحب المنشآت منشأته ويأخذها أنقاضا بعد أن يدفع مصروفات الهدم ، ولا محل هنا لإعمال الالتصاق سببا لكسب الملكية فقد أزيلت المنشآت ولم يملكها صاحب الأرض (٢) . والأمر الثانى ، إذا لم يطلب صاحب

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يسوغ لمن شاد بناء على أرض غيره أن يدعى حسن النية فيما فعل توصلا إلى استبقاء البناء ، إذا كانت عقوده التى يدافع بها لا تعطيه هذا الحق وتتنى عنه حسن النية (استئناف وطنى ١٥ يونيه سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٥٠٣) ، وذلك كأن يكون العقد الذى يتسلك به هو عقد إيجار لا يجعل له الحق فى البناء (استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٢) . ويعتبر فى حكم سوء النية المشتري من غير المالك إذا كان قد أشغل مطالبة البائع بالسند الذى يثبت ملكية هذا الأخير (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ١٥٠) ، أو أهمل فحص هذا السند (استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٢٨ م ٥٠ ص ٣١٠) .

(٢) أنظر فى انتقاد إعطاء الحق لمالك الأرض فى طلب الإزالة ، إذ أن الإزالة هدم والهدم يتعارض مع روح المصير فى التشجيع على البناء : كاربونيه ص ٢٤٠ .

الأرض إزالة المنشآت ، فله أن يعلن في خلال السنة إرادته في استبقاء المنشآت في الأرض ، وعند ذلك يملكها بالالتصاق^(١) . وعليه أن يدفع تعويضا لصاحب المنشآت أقل القيمتين : (١) قيمتها مستحقة الإزالة ، فقد كان من حقه أن يطلب إزالتها فله أن يستبقها مستحقة الإزالة ، أى أنه يدفع قيمة الانقراض منقوصا منها مصروفات الهدم . (٢) قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ، وتقدر هذه القيمة بخير عند الاقتضاء^(٢) ، وتمثل المقدار الذى اغتنى به صاحب الأرض بسبب إقامة المنشآت^(٣) . ويلاحظ ،

(١) ويتمتع مالك الأرض قد اختار ضمنا استبقاء المنشآت إذا هو باع الأرض بما عليها من هذه المنشآت (نقض فرنسي ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعي ١٩٢٨ - ٣٨٤) .
(٢) والبرة في تقدير هذه القيمة بوقت الاستحقاق (بودرى وشوفو فقرة ٣٦٥ ص ٢٥٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٨ ص ٢٦٥ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٩٢ ص ٩٨ - شفيق شعاعة فقرة ٢٢٤ ص ٣٤٥ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٧ ص ٦٠ - عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٦٠ ص ٣٧٩ - استئناف مخطط ٣ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٨٩ - ٣١ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٥) . ويقدر الخبير ثمن المثل للأرض خالية من المنشآت ، ثم يقدر ثمن المثل للمقار بعد إقامة المنشآت . ، والفرق ما بين الثمين هو ما زاد في ثمن الأرض بسبب إقامة المنشآت (أنظر بودرى وشوفو فقرة ٣٦٥ ص ٢٥٢) . هذا والتعويض الذى يدفعه صاحب الأرض لصاحب المنشآت على التفصيل الذى قدمناه يستحق في ذمة من يكون مالكا للأرض وقت المطالبة بهذا التعويض ، حتى لو لم يكن هو المالك للأرض وقت إقامة المنشآت ، وهذا لا يحل بحق المالك الأخير في الرجوع على المالك الأول (بودرى وشوفو فقرة ٢٦٩ - أنيسكولييدى دالوز ١ لفظ Construction فقرة ٦٣ - فقرة ٦٧ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٩٨) .

(٣) ويجب أن يخضع من قيمة التعويض الذى يستحقه الحائز من النية قيمة الثمار التى حصل عليها من المنشآت التى أقامها ، فان هذه المنشآت أصبحت ملكة لصاحب الأرض بالالتصاق منذ إدماجها في الأرض ، والحائز يضع عليها وهو س. النية فيكون مستولا عن الثمار ما حصل وما أهرل في تحصيله (م ٩٧٩ نذوق) . أما الباني حسن النية ، فانه يتسلك الثمار التى حصل عليها من المنشآت التى أقامها ، ولا يحصل إلا على الثمار التى قبضها منذ تاريخ رفع دعوى الاستحقاق عليه (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٦٦ - أنيسكولييدى دالوز ١ لفظ Construction فقرة ٤٧ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٩٧ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٥ ص ٧٨) . ويرى بعض الفقهاء أنه في نظير رد الحائز من النية الثمار ، يتقاضى هذا الحائز الفوائد القانونية عن التعويض المستحق له في حدود ما زاد في ريع الأرض بسبب المنشآت (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٦٦ - وقارن بودرى وشوفو فقرة ٣٦٣ ويفضل عدم رد الثمار بدلا من تقاضى الفوائد) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحائز لا يستحق فوائد من التعويض مادام حائزا للأرض والبناء (استئناف مخطط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢١٦ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ١٢) .

أولاً ، أننا قد انحرفنا عن قواعد الإثراء بلا سبب ، فقد كانت هذه القواعد تقضى على صاحب الأرض بأن يدفع أقل القيمتين ، قيمة ما اغتنى به هو وقيمة ما افتقر به صاحب المنشآت . وهو هنا يدفع أقل القيمتين : قيمة ما اغتنى به هو وقيمة الانقراض بعد هدم المنشآت . وهذه القيمة الأخيرة تكون عادة أقل من قيمة ما افتقر به صاحب المنشآت ، إذ أن هذه القيمة الأخيرة هي قيمة المواد وأجرة العمل . فيكون صاحب المنشآت قد عمل معاملة أسوأ مما تقضى به قواعد الإثراء بلا سبب ، وذلك كما قدمنا جزاء له على سوء نيته ^(١) . وعلى ذلك يكون التزام صاحب الأرض بدفع أقل القيمتين على النحو الذى قدمناه ليس مصدره الإثراء بلا سبب ، بل مصدره هو القانون فهو الذى قضى بذلك ، وتكون مدة تقادم هذا الالتزام خمس عشرة سنة كما هو الأمر فى الالتزامات الناشئة من القانون ، لا ثلاث سنوات وهى مدة تقادم الالتزامات الناشئة من الإثراء بلا سبب ^(٢) .

ويلاحظ ، ثانياً ، أن تخيير صاحب الأرض بين دفع قيمة الانقراض بعد هدم المنشآت وقيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت يستفاد منه أن قيمة ما زاد فى ثمن الأرض قد تكون أقل من قيمة الانقراض ، فيختار

(١) أما فى التقنين المدنى الفرنسى فقد عمل البانى سى . النية ، بموجب المادة ٥٥٥ مدنى فرنسى القديمة ، معاملة أفضل من البانى سى . النية فى التقنين المدنى المصرى ، إذ أجاز لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت ، فإن استبقاها وجب عليه دفع تكاليف المنشآت (قيمة المواد وأجر العمل) . بل إن البانى سى . النية فى التقنين المدنى الفرنسى كان يميل ، بموجب المادة ٥٥٥ مدنى فرنسى القديمة ، معاملة أفضل من البانى حسن النية من وجه ، فإن صاحب الأرض كان يلتزم بأن يدفع البانى حسن النية أقل القيمتين : تكاليف البناء أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت وهى تكون عادة أقل من تكاليف البناء . والسبب فى هذا الحكم الغريب يرجع إلى تاريخ صياغة المادة ٥٥٥ مدنى ، فقد كانت فى صياغتها الأولى تجعل الحكم واحداً بالنسبة إلى البانى سى . النية والبانى حسن النية ، ثم أضيفت إليها فقرة أخيرة خاصة بالبانى حسن النية أعطى بها لصاحب الأرض الخيار المتقدم ، دون أن يعطى نفس الخيار لصاحب الأرض بالنسبة إلى البانى سى . النية . ولكن صدر أخيراً فى فرنسا قانون ١٧ مايو سنة ١٩٩٠ يعالج هذا العيب ، ويمطى نفس الخيار لصاحب الأرض بالنسبة إلى البانى سى . النية (مازو فقرة ١٥٩٨ ص ١٢٧١) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٠٠ .

صاحب الأرض دفعها دون دفع قيمة الانقراض . ولا يتصور أن تكون قيمة الانقراض أكبر من قيمة زيادة ثمن الأرض إلا إذا افترضنا أن مواد البناء قد علا سعرها لظروف استثنائية ، فأصبح نزع القديم منها كالأبواب والشبابيك والأدوات الصحية ونحوها يعود بقيمة أكبر من قيمة بقائها في الأرض وما ينتج عن ذلك من زيادة ثمن الأرض . وهذا الافتراض لا يتحقق ، كما قدمنا ، إلا في ظروف استثنائية محضة .

وفي خلال السنة أيضا ، وفي الوقت الذي يكون فيه لصاحب الأرض الخيار الذي قدمناه ، تقضى الفقرة الثانية من المادة ٩٢٤ مدني ، كما قدمنا ، بأنه « يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقا لأحكام الفقرة السابقة » . وبمخلص من ذلك أن صاحب المنشآت يستطيع ألا ينتظر سنة كاملة حتى يستعمل صاحب الأرض خياره ، إذ يستطيع هو منذ البداية دون أن ينتظر انقضاء السنة أن يبادر إلى طلب نزع المنشآت ، فيجبر بذلك صاحب الأرض على قبول نزع المنشآت أو على استعمال خياره في استبقائها مع دفع أقل القيمتين على النحو الذي قدمناه . ولكن يشترط في ذلك أن يكون نزع المنشآت ليس من شأنه أن يلحق ضررا بالأرض ، وإلا حملنا هذا الضرر لصاحب الأرض دون مسوغ إذا هو اضطر أن يقبل نزع المنشآت دون أن يطلب استبقائها . وعلى هذا النحو يكون وضع الطرفين في خلال السنة على الوجه الآتي . لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة أو الاستبقاء مع دفع أقل القيمتين ، وكذلك لصاحب المنشآت أن يطلب الإزالة إذا كانت لا تلحق بالأرض ضررا فيجبر بذلك صاحب الأرض على قبول الإزالة أو على استبقاء المنشآت مع دفع أقل القيمتين وذلك منذ البداية وقبل انقضاء السنة . (العهد الثاني) عند انقضاء السنة . فإذا انقضت السنة دون أن يختار صاحب الأرض الإزالة أو يعلن إرادته في الاستبقاء (١) ، ودون أن يطلب

(١) ولا يشترط دفع الدعوى بالإزالة كما اشترط دفع دعوى الاسترداد في المادة ٩٢٣ مدني ، إذ لم يصرح في المادة ٩٢٤ مدني برفع الدعوى كما صرح في المادة ٩٢٣ مدني برفع دعوى الاسترداد . فيكني إذن إبداء الرغبة ولو بكتاب مسجل ، بل ولو شفويا ، ويكون عبء الإثبات على صاحب الأرض (أنظر في هذا المعنى عبد المنعم البدر في فقرة ٤٦ ص ٥٨ هامش ١) .

صاحب المنشآت نزعها إذا كان الترع لا يلحق بالأرض ضررا ، فإن المنشآت تبقى في الأرض ، ويملكها صاحب الأرض بالاتصاق . ويجبر صاحب الأرض على استبقائها لأنه لا يستطيع طلب الإزالة بعد أن انقضت السنة (١) ، كما يجبر على دفع أقل القيمتين على النحو الذي قدمناه .

ولكن يلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة ٩٢٤ ملغى ، عندما أجازت لصاحب المنشآت طلب نزعها إذا كان الترع لا يلحق بالأرض ضررا ، لم تحدد ميعادا لهذا الطلب ، كما حددت الفقرة الأولى من المادة نفسها ميعاد سنة لصاحب الأرض في طلب الإزالة . وعلى ذلك يبدو أنه يجوز لصاحب المنشآت ، حتى بعد انقضاء السنة ، طلب نزعها إذا كان الترع لا يلحق بالأرض ضررا . وعند ذلك يكون صاحب الأرض مجبرا بين قبول الترع أو استبقاء المنشآت مع دفع أقل القيمتين . أما إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها بعد انقضاء السنة وطالب صاحب الأرض بدفع التعويض ، فإن هذا الأخير يكون مجبرا على دفع أقل القيمتين لصاحب المنشآت (٢) .

وتكون ملكية صاحب الأرض للمنشآت بطريق الالتصاق إذن ملكية معلقة على شرط واقف ، هو ألا نترع المنشآت من الأرض ، لبناء على طلب صاحب الأرض في خلال السنة وليس هذا شرطا إراديا محضا لأن الأمر لا يتوقف على محض إرادة صاحب الأرض بل تختلط بإرادته ظروف تكيف من هذه الإرادة ، ولا بناء على طلب صاحب المنشآت في أى وقت واستجابة صاحب الأرض لهذا الطلب . فإذا لم تترع المنشآت من الأرض ، تحقق الشرط الواقف ، وأصبحت ملكية صاحب الأرض للمنشآت بطريق

(١) قارن عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٥٩ ص ٣٧٧ هامش ١ .

(٢) ويؤيد ذلك ماورد في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى إذ تقول : « فإذا مضت السنة ، أو إذا لم يترع (صاحب الأرض) الإزالة ، تملك المنشآت بالاتصاق ، ودفع أقل القيمتين قيمة البناء مستحقاً للإزالة أو ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء . فإذا لم يدفع أقل القيمتين ، كان لباقي أن يلزمه بالدفع ، إلا إذا اختار نزع الأدوات المملوكة له مادام ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٠) . وانظر عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٦ ص ٥٨ - إسماعيل غانم ص ٥٨ - عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٥٩ ص ٣٧٧ - وقارن شفيق شحاتة فقرة ٢٣٣ ص ٢٤٤ هامش ١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٠ ص ٢٩٢ - ص ٢٩٣ - حسن كيرة ص ٦٩ - ص ٧٠ .

الاتصاق ملكية نافذة بآقة ، وكان لتحقيق الشرط أثر رجعي فتستند ملكية صاحب الأرض للمنشآت إلى وقت إدماجها في الأرض .

١٠٤ - الباني حسن النية يعتبر أنه راحل في إقامة المنشآت - وهي قانونية : تنص المادة ٩٢٥ ملئى على ما يأتي :

١ - إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها ، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة ، وإنما يغير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغا يساوى ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزاعها .

٢ - إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الحسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها ، كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل ^(١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٠ من المشروع التمهيدي عل وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدي في الفقرة الأولى وردت فيه عبارة « حسن النية » بدلا من عبارة « يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها » ، وفي الفقرة الثانية وردت فيه عبارة « لا يستطيع منه صاحب الأرض » بدلا من عبارة « يرهق صاحب الأرض » ، ووردت فيه أيضاً عبارة « إذا سمحت الظروف » متعلقة بعبارة « كان له أن يطلب تملك الأرض » . ووافقت لجنة المراجعة عل النص تحت رقم ٩٩٧ في المشروع النهائي ، بعد حذف عبارة « إذا سمحت الظروف » . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٤ . وفي لجنة مجلس الشيوخ ، اقترح أن تحل عبارة « يعلم أنها مملوكة له » محل عبارة « حسن النية » في الفقرة الأولى ، حتى يكون هناك اتساق بين عبارة هذه المادة وعبارة المادة السابقة . فأجيب بأنه لا يمكن النص عل العلم أو علمه في هذه المادة لأنه قد يكون الباني مستأجراً فهو يعلم أنه ليس مالكا ولكنه يعتقد أن له الحق في البناء ، فاستأضت اللجنة من عبارة « حسن النية » في الفقرة الأولى بعبارة « يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها » لتحين معنى حسن النية عل وجه الدقة في تطبيق أحكام هذه الفقرة . واستبدلت في الفقرة الثانية بعبارة « لا يستطيع منه صاحب الأرض » عبارة « يرهق صاحب الأرض » ، لأن المقصود هو مجرد الإرهاق لا التثبت من عدم الاستطاعة . وأصبح النص ، تحت رقم ٩٢٥ ، مطابقاً لما استقر عليه في التفتين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١٩ - ص ٣٢٢) .

وهنا أيضا جاء النص في عبارات عامة تشمل كل شخص يقيم منشآت

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٤/٦٥ : إنما إذا كان البناء أو الفرس حصل من شخص في أرض تحت يده على زعم أنها ملكه ، ثم رفعت يده عنها بحكم تقرر فيه عدم وقوع غش منه في وضع يده عليها ، فليس لملك الأرض أن يطلب إزالة شيء مما ذكر ، بل يكون خيرا بين دفع قيمة المهمات والأدوات وأجرة العملة ، وبين دفع مازاد في قيمة الأرض بسبب ما حدث فيها . (ويختلف هذا النص عن نص التقنين المدني الجديد فيما يأتي : (١) يفترض نص التقنين السابق أن الباني قد حاز الأرض بنية تملكها ، أما التقنين الجديد فبإثباته عامة تشمل كل شخص يبنى في ملك غيره ولو كانت حيازته عارضة . (٢) يحمل التقنين الجديد للباني حسن النية حق طلب نزع المنشآت ، أما التقنين السابق فلا يحمل له هذا الحق . (٣) يحمل التقنين الجديد لصاحب الأرض الحق في طلب تملك الأرض لصاحب المنشآت نظير تمويل عادل إذا بلغت المنشآت حداً من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها ، أما التقنين السابق فلا يحمل لصاحب الأرض هذا الحق) .

م ٩١ مختلط : إذا كان لدى من غرس أوبى أسباب معقولة ليعتقد أنه مالك ، فلا يصير إزالة الفراس أو البناء ، بل للمالك أن يدفع مازاد على قيمة العقار بحسب ما يقدره أهل الخبرة . (ويختلف التقنين المختلط عن التقنين الوطني في أنه يلزم صاحب الأرض أن يدفع لصاحب المنشآت مازاد في قيمة الأرض ، ولا يغيره بين دفع هذه القيمة ودفع قيمة المهمات والأدوات وأجرة العملة - كما يفعل التقنين الوطني) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري ٨٨٩ : ١ - إذا كان الغير الذي شيد الأبنية أو غرس الأغراس ذا نية حسنة ، فلا يكون مسئولاً تجاه مالك العقار عن الثمار التي استوفاه ، ولا تقع عليه إلاتبة التلف أو الضرر الذي حدث بسببه . ٢ - وإذا كان قد بنى أو غرس على الأرض المطلوب استرجاعها ، فلا يجبر على نزع الأبنية التي بناها ولا الأغراس التي غرسها ، ويدفع له تمويل عن التحسين الذي حصل للأرض بسبب هذه الأبنية والأغراس . ٣ - وإذا كانت الأبنية والأغراس ذات قيمة تفوق قيمة الأرض ، فلصاحب الأغراس والأبنية الحق في أن يملك الأرض المبني عليها أو المفروسة لقاء قيمة رقبته للمالك . (ويختلف التقنين السوري عن التقنين المصري في أنه يفترض أن الباني يجوز الأرض بنية تملكها ، وفي أنه لا يحمل لصاحب المنشآت إلا الحق في تقاضي قيمة مازاد في ثمن الأرض دون قيمة المواد وأجرة العمل ، وفي أنه يحمل لصاحب المنشآت الحق في تملك الأرض إذا زادت قيمة المنشآت على قيمة الأرض) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٢٠ : إذا أحدث شخص بناء أو غراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعي ، فإن كانت قيمة المحدثات قائمة أكبر من قيمة الأرض كان للمحدث أن يملك الأرض بشن مثلها . وإذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المحدثات ، كان لصاحب الأرض أن يملكها بقيمتها قائمة . (ويختلف التقنين

في أرض غيره بمواد من عنده ، وهو يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها : ولكننا تقتصر ، كما اقتصرنا في المادة السابقة ، على تطبيق النص في أحد فروضه ، هو الفرض الذي يكون فيه الباني في أرض غيره حائزاً للأرض بنية تملكها ، وترفع عليه دعوى استحقاق من مالك الأرض ، فيسترد هذا الأخير الأرض والمنشآت طبقاً للقواعد التي سنذكرها فيما بعد . وهذه القواعد هي الأحكام العامة في الالتصاق فيما يتعلق بالباني بحسن النية ، وتكمل الأحكام التي سبق أن أوردناها في خصوص الباني متى النية . وسنطبق هذه الأحكام جميعاً ، فيما يتعلق بالباني بحسن النية كان أو سيثماً ، في فروض أخرى مختلفة غير فرض الحائز للأرض بنية تملكها كما سبق القول (١) .

ونفرض هنا ، كما فرضنا فيما تقدم (٢) ، أن شخصاً وضع يده على أرض مملوكة لغيره باعتبار أنه المالك ، وقد أقام منشآت في هذه الأرض بمواد من عنده . ونفرض أن مالك الأرض رفع دعوى استحقاق على الحائز ، واسترد الأرض . والمفروض أن الحائز حسن النية وقت أن أقام المنشآت ، إلا إذا أثبت صاحب الأرض أنه متى النية كما قدمنا (٣) : ومعنى حسن النية هنا أن يعتقد الباني أن له الحق في إقامة المنشآت ، وليس معناه حقاً أنه يعتقد أنه يملك الأرض (٤) . فاذا أثبت صاحب الأرض أن

المراق عن التفتين المصرى في أنه يوازن بين قيمة الأرض وقيمة المنشآت ، فاذا كانت قيمة المنشآت أكبر من قيمة الأرض كان لمن أقام المنشآت تملك الأرض بشئ مثلاً ، وإن كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المنشآت كان لصاحب الأرض أن يملك المنشآت بقيمتها مستحقة البقاء .

قانون الملكية المقارنة الباني م ٢١٦ (موافقة المادة ٨٨٩ سوري) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

(٤) فيكون إذن حسن النية بهذا المعنى ، ولا يشترط النيب الصحيح كشرط مستقل . فن وضع يده على أرض يعتقد باطل كالمشتري للأرض الموقوفة (استئناف مصر ١٦ يوفيه سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٠٧ ص ٣٦٩) ، أو بسبب غلط كالباقي في أرض بور يعتقد أنه تملكها بالاستيلاء (استئناف مخطط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٥٠) ، يكون مع ذلك حسن النية (عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤٦ ص ٥٦ - ص ٥٧) .

الباني كان يعلم وقت أن أقام المنشآت أنه لا يملك الأرض ، فان ذلك لا يكون قاطعاً في إثبات سوء نيته ^(١) ، إذ يبقى بعد ذلك أن يثبت الباني أنه بالرغم من علمه بعدم ملكيته للأرض كان يعتقد وقت أن أقام المنشآت أن له الحق في إقامتها ^(٢) . مثل ذلك أن يثبت أنه رخص له من صاحب الأرض في إقامة المنشآت ^(٣) ، أو أنه تمتنع رخص له مالك الرقبة في البناء على الأرض المتتفع بها ^(٤) ، أو أنه مستأجر رخص له المؤجر في أن يقيم منشآت في الأرض المؤجرة دون أن يتفق معه على مصير هذه المنشآت ^(٥) ، أو كان يعتقد أن له حق حكر يخوله البناء ^(٦) . فاذا كان الباني حائزاً للأرض بنية تملكها ، فان حسن نيته يتمثل عادة في اعتقاده أنه يملك الأرض ، كما لو وضع يده على أرض يعتقد أنه ملكها بالمراث أو بالوصية أو بعقد ، ولم يكن يعلم وقت أن أقام المنشآت أنه في الحقيقة غير وارث أو أن الوصية قد رجع فيها الموصى أو أن العقد باطل .

ففي هذا الفرض لا يكون لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت ، كما كان له هذا الحق فيما إذا كان الحائر سيء النية على النحو الذي قدمناه ^(٧) . ذلك بأننا أجزنا لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة جزاء على سوء نية الحائر ، أما هنا فالحائر حسن النية فلا يجوز لصاحب الأرض طلب الإزالة . وللحائر أن يطلب استبقاء المنشآت في الأرض ، وفي هذه الحالة يملكها صاحب الأرض بالاتصاق . وعليه أن يعرض الحائر ،

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٦٥ .

(٢) ولا يغير من حسن نيته أن يعلم ، بعد إقامة المنشآت ، أن ليس له حق في إقامتها .

(٣) انظر مايل فقرة ١٠٥ .

(٤) انظر مايل فقرة ١٠٥ فقرة ١٠٦ .

(٥) انظر مدار في هذا الصدد في لجنة مجلس الشيوخ آنفاً ص ٢٨٤ هامش ١ . وانظر فيما يتعلق بالمستأجر وفي أنه يخضع لأحكام وردت بها نصوص خاصة مايل فقرة ١١٠ . والتجيز بالمستأجر هنا مقصور على استعراض حالة يكون فيها الباني عالماً بأنه لا يملك الأرض ولكنه يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامة المنشآت ، وليس معناه أن أحكام الاتصاق تنطبق حتماً عليه دون أي تحوير فيها (قارن محمد علي عرفة ٢ فقرة ٤٨ ص ٨٦ هامش ٢) .

(٦) استئناف مخطوط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٥ .

(٧) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

وله في هذا التعويض الخيار في أن يدفع أقل القيمتين . فاما أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل وهذه هي القيمة التي افتقر بها الحائز ، أو أن يدفع مبلغا يساوي ثمن ما زاد في قيمة الأرض بسبب المنشآت وهذه هي القيمة التي اغتنى بها صاحب الأرض . فصاحب الأرض إذن يدفع أقل القيمتين ، قيمة ما اغتنى به وقيمة ما افتقر به الحائز . وهذا هو عين ما يدفعه طبقا للقواعد المقررة في الإثراء على حساب الغير . ولا يجوز له أن يختار دفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة كما يكون له ذلك في حالة الحائز سىء النية فيما قدمناه ، لأنه ليس له أن يطلب الإزالة كما قدمنا ومن ثم لا يوجد مسوغ لدفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة ، ولأن هذه القيمة (وهي قيمة أنقاض البناء منقوصا منها مصروفات هدمه) تكون عادة أقل بكثير من القيمتين الآخرين اللتين يخير بينهما صاحب الأرض فلا يجوز فرضها على الحائز وهو حسن النية إذا جاز فرضها على الحائز سىء النية . وإذا كان صاحب الأرض يخير ، في حالة الحائز حسن النية ، بين دفع قيمة ما اغتنى به (زيادة قيمة الأرض) أو دفع قيمة ما افتقر به الحائز (قيمة الأدوات وأجرة العمل) ، فيبدو أن ذلك ليس مجرد تطبيق لقواعد الإثراء على حساب الغير ، وإلا لما كان هناك حاجة إلى النص على ذلك ، أو إذا وجد النص لاكتفى بالإحالة على هذه القواعد . ويحسن القول ، تنسيقا لأحكام الالتصاق في مجموعها ، إن التزام صاحب الأرض بدفع تعويض للحائز وتقدير هذا التعويض بقيمة معينة ، في جميع فروض الالتصاق - حتى في الفرض الذي نحن بصدده حيث يقضى القانون بتعويض مماثل للتعويض الذي تقضى به قواعد الإثراء على حساب الغير - هو التزام مصدره القانون لا مبدأ الإثراء على حساب الغير ^(١) . ومن ثم يتقدم هذا الالتزام بخمس عشرة سنة لا بثلاث سنوات ، شأنه في ذلك شأن الالتزامات الأخرى التي ينشئها القانون في ضدد التملك بالالتصاق ^(٢) .

(١) انظر في هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٣ ص ٧٤ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٠٠ وفقرة ١٠٣ - ويترتب على أن الحكم ليس مجرد تطبيق لأحكام الإثراء بلا سبب أن في الإثراء بلا سبب لو هدم البناء قبل المطالبة ، كان لصاحبه المطالبة بالرغم من تهمة ، أما هنا فيبدو أن ليس لصاحب البناء إذا كان البناء قد هدم قبل المطالبة أن يطالب بشئ . (انظر في هذا المعنى عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٧ ص ٦٠) .

ولما كان الباني في أرض غيره في الفرض الذي نحن بصدده حسن النية ، فقد أولاه القانون رعاية خاصة في أمرين : (الأمر الأول) أنه أجاز له ، بدلاً من تقاضي أقل القيمتين على النحو الذي قدمناه ، أن يطلب نزع المنشآت من الأرض إذا رأى له مصلحة في ذلك . وقد تتحقق هذه المصلحة فيما إذا كان نزع المنشآت لا ينشأ عنه تلف كبير لها . وكانت قيمتها بعد التزع أكبر مما يتقاضاه من صاحب الأرض على الوجه السابق بيانه . ولكنه يلتزم في هذه الحالة بإعادة الأرض إلى أصلها بعد نزع المنشآت منها ، أو بتعويض صاحب الأرض عما عسى أن يصيب الأرض من ضرر بسبب نزع المنشآت (١) . وإذا كان للباني حسن النية طلب نزع المنشآت على الوجه المتقدم ، فإن هذا حق له لا واجب عليه (٢) . فليس لصاحب الأرض أن يجبره على ذلك . وقد قدمنا أنه ليس لصاحب الأرض طلب الإزالة . (والأمر الثاني) ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ مدني فيما رأيناه من أنه « إذا كانت المنشآت قد بلغت حداً من الجسامه يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها . كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل » . وبلاحظ أننا لم نقف هنا عند معيار موضوعي كما وقف التقنين السوري والتقنين العراقي والقانون اللبناني (٣) . فلم نوازن بين قيمة الأرض وقيمة المنشآت . ولم نجعل لصاحب المنشآت أن يملك الأرض إذا كانت قيمة المنشآت أكبر من قيمة الأرض . بل أخذنا بمعيار ذاتي . فجعلنا العبرة بالمقدرة المالية لصاحب الأرض شخصياً . فإن كان يرهقه أن يؤدي لصاحب

(١) ويمكن القول مع المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إنه إذا كان نزع المنشآت يحدث للأرض ضرراً جسيماً ، لم يجوز لصاحب المنشآت طلب نزعها . وإلا كان في هذا تصف و استعمال حق (انظر المذكرة الإيضاحية إذ تقول : « هذا كله إلا إذا طلب الباني نزع الأدوات ولم يكن نزعها يلاحق بالأرض ضرراً جسيماً » : مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣١) . انظر في هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ٢٣٣ ص ٢٤٤ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٤٣ ص ٧٥ - إسحاق غانم ص ٥٨ - عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٦٠ ص ٣٧٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٢١ ص ٢٩٣ هامش ١ .

(٢) إذا نقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٩٢٥ مدني ، كما رأينا ، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها .

(٣) انظر آنفاً ص ٢٨٤ هامش ١ .

المنشآت ما هو مستحق له لجسامة المنشآت التي أقيمت ، كان له ، بدلا من تملك المنشآت بالاتصاق . أن يطلب تملك الأرض لصاحب المنشآت ، على أن يدفع هذا له تعويضا عادلا عن الأرض يقدره الخبير عند الاقتضاء^(١). ويجوز للقاضي أن يجعل أداء هذا التعويض على أنساط دورية بناء على طلب صاحب المنشآت ، أسوة بسائر أنواع التعويض التي تستحق بسبب الالتصاق^(٢). وقد كان نص المشروع التمهيدى في هذا الصدد يقضى : كشرط لتمليك الأرض لصاحب المنشآت . عدم استطاعة صاحب الأرض دفع المستحق عليه إذا هو تملك المنشآت . فعلى النص في لجنة مجلس الشيوخ واكتفى بأن يكون الدفع موهقا لصاحب الأرض ، « لأن المقصود هو مجرد الإرهاق لا التثبيت من عدم الاستطاعة »^(٣) . وملك صاحب المنشآت الأرض ،

(١) وقد كان القضاء المختلط يجرى في بعض أحكامه على هذا المبدأ دون نص ، بان تطبيق لقواعد العدالة (استئناف مخطئ ١٨ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٠٠ - ٢٠ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٦٦ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ١٧ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٨ - ٨ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٦٤ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٢) . ويذهب بعض الفقهاء إلى أن التعويض العادل يمكن أن يكون أقل من قيمة الأرض الحقيقية ، نظراً لأن الأرض تملك لصاحب المنشآت وهو حسن انية جبراً عليه (عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٦٢ ص ٣٨١) . ويمكن القول بأنه إذا ثبت خطأ في جانب صاحب الأرض بأن تركها مثلا تنتقل من يه إلى يد دون تحوط منه إلى أن استقرت في يد حائر حسن النية ، أمكن أن يكون صاحب الأرض مسئولاً عن هذا الخطأ ، وقد يستنزل جزء من قيمة الأرض كتعويض مستحق في ذمة صاحب الأرض لصاحب المنشآت . انظر أيضاً في هذه المسألة منصور مصطفى منصور فقرة ١٢١ ص ٢٩٤ - ص ٢٩٥ .

(٢) انظر المادة ٩٢٧ مدني فيما يلي فقرة ١١١ .

(٣) انظر مآدار في لجنة مجلس الشيوخ في هذا الشأن آنفاً ص ٢٨٤ هامش ١ - وقد جرت في لجنة مجلس الشيوخ أيضاً موازنة بين الحكم الوارد في المادة ٢/٩٢٥ مدني وحكم الفقه الإسلامي الذي يقضى بأنه إذا انضح أن قيمة البناء تزيد على قيمة الأرض كان صاحب الأرض بالخيار بين تملك الأرض لصاحب المنشآت أو استبقاء هذه المنشآت . وواضح أن معيار الفقه الإسلامي ، وهو زيادة قيمة المنشآت على قيمة الأرض ، هو معيار موضوعي أومادى . وواضح أيضاً أن المعيار الذي أخذت به المادة ٢/٩٢٥ مدني وهو أن يرهق التعويض صاحب الأرض شخصياً ، هو معيار شخصي أوداتي . وفي ضوء ما هو واضح في شأن كل من المعيارين يجب فهم العبارة التي وردت في محضر لجنة مجلس الشيوخ على لسان رئيس اللجنة من « أن المعيار الوارد في المادة معيار شخصي وأن المعيار الوارد في الفقه الإسلامي =

إذا توافر شرط الإرهاق ، لا يحكم الالتصاق ، فإن الالتصاق إنما يكون سبباً لملك صاحب الأرض للمنشآت لا لملك صاحب المنشآت للأرض . وإنما يملك صاحب المنشآت الأرض ويلتزم بدفع التعويض بحكم القانون ، بناءً على إرادة منفردة تصدر من صاحب الأرض . وقد قصر حق تملك الأرض لصاحب المنشآت على حالة البناء بحسن نية دون حالة البناء بسوء نية . لأنه في حالة البناء بسوء نية يستطيع صاحب الأرض أن يتفادى الإرهاق بأن يطلب الإزالة ، في حين أنه في حالة البناء بحسن نية لا يستطيع صاحب الأرض طلب الإزالة فأعطى عوضاً عنه حق تملك الأرض لصاحب المنشآت تفادياً للإرهاق (١) .

وإذا ملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق على النحو الذي قدمناه ، فإن ملكيته هذه تكون معلقة على شرط واقف ، هو ألا يطلب صاحب المنشآت نزاعها أو يطلب هو تملك الأرض لصاحب المنشآت . فإذا تحقق الشرط الواقف ، ولم تتزع المنشآت من الأرض وبقيت الأرض على ملك صاحبها ، فإن صاحب الأرض يملك المنشآت بالالتصاق كما قدمنا ، ويكون لتحقيق الشرط أثر رجعي ، فيستند إلى الوقت الذي أدمجت فيه المنشآت في الأرض ، وقد سبق تقرير ذلك في مواضع مختلفة (٢) .

§ - ٢ فرضي أنه يرى لها العلم العام لملوكتها في صورة الثانية

١٠٥ - فرضي ما إذا رخص صاحب الأرض للباقي في البناء - نهى

قانوني : تنص المادة ٩٢٦ ملق على ما يأتي :

« إذا أقام أجنبي منشآت بمواد من عنده بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض ، فلا يجوز لهذا المالك إذا لم يوجد اتفاق في شأن هذه المنشآت

= ميار مادي ، وأنه يفضل الميار الشخصي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٢٢) .
ففي الشرط الأخير من العبارة ، كما هو ظاهر من استبقاء الميار الشخصي دون الميار الموضوعي ، أن رئيس اللجنة يفضل (يوثر) الميار الشخصي ، لأن الميار الموضوعي يفضل (أفضل من) الميار الشخصي . فإذن مع ذلك محمد على عرفة ٢ فقرة ٥٨ ص ١٠٦ هامش ١ : وهو يأخذ بالميار الموضوعي ويشترط زيادة قيمة البناء على قيمة الأرض .

(١) أنظر في هذا المعنى إسماعيل غانم ص ٥٩ - عبد المنعم فرج انصدة فقرة ٢٦٢ ص ٣٨١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٠ و فقرة ١٠٣ .

أن يطلب إزالتها . ويجب عليه ، إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزاعها .
أن يؤدي إليه إحدى القيمتين المنصوص عليهما في الفقرة الأولى من المادة
السابقة » (١)

وبمخلص من هذا النص أننا نواجه هنا فرضاً يكون فيه الباني غير حائز
للأرض بنية تملكها ، إذ هو قد حصل على ترخيص من صاحب الأرض
في إقامة البناء . وهذا إقرار منه بأن الأرض ليست ملكه ، ولا يضع يده
عليها بنية تملكها . ولكنه بالترخيص الذي حصل عليه من صاحب الأرض
يكون له الحق في إقامة البناء ، ومن ثم يكون في وضع الحائز حسن النية
الذي يعتقد أن له الحق في إقامة المنشآت . والمفروض أن الترخيص قد سكت
عن مصير المنشآت ، فليس هناك اتفاق بين صاحب الأرض ومن أقام
المنشآت على ما إذا كان صاحب الأرض يملك هذه المنشآت . وفي نظير

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦١ من المشروع التمهيدى على وجه
مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٨ في
المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم
٩٩٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٣ - ص ٣٢٤) .
ويقابل النص في التقنين المدنى المختلط م ٨٩ : من بى أو غرس في أرض بلذن صريح
من مالكة ، بدون شرط ولا قيد ، يكون مالكة لتلك الأرض . (وهذا الحكم قريب يخرج على
القواعد الماثورة ، إذ يملك الأرض لصاحب المنشآت بمجرد ترخيص صاحب الأرض في إقامة
المنشآت دون شرط ولا قيد . ويعتبر أن هذا الترخيص بمثابة تملك ضمنى للأرض . والصحيح
هو ما ورد في المادة ٩٣٠ من التقنين المدنى الجديد ، إذ المقول أن كل ما يترتب على ترخيص
صاحب الأرض في إقامة منشآت في أرضه أن يعتبر صاحب المنشآت حسن النية يعتقد أن له
الحق في إقامة المنشآت عند إقامتها) .

ويقبل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السوري لا مقابل

التقنين المدنى الليبي م ٩٣٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٢١ : إذا أحدث شخص منشآت من عده وعلى أرض غيره

بلذن ، فإن لم يكن بينهما اتفاق على مصير ما أحدثه ، فلا يجوز لصاحب الأرض أن يطلب طلع
الهدنات . ويجب عليه - إذا لم يطلب صاحب الهدنات قلعها - أن يؤدي إليه قيمتها قائمة .
(والتقنين العراقى يتفق مع التقنين المصرى - فيما عدا أن التقنين العراقى لا يجعل الخيار
لصاحب الأرض في تعويض صاحب المنشآت بأعطائه أقل القيمتين ، بل يلزمه بأن يؤدي
قيمة المنشآت قائمة . كما هو شأن أى حائز حسن النية في هذا التقنين : م ١١٢٠ مدنى عراقى) .
قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

أية قيمة يكون هذا التملك ، أو ما إذا كان له أو لصاحب المنشآت الحق في طلب إزالتها . وكان المثل الظاهر لهذا الوضع هو المستأجر . يرخص له المؤجر في البناء في العين المؤجرة دون أن يتفق معه على مصير المنشآت (١) ، لو لا أن القانون أورد نصوصا خاصة بعقد الإيجار يجب تطبيقها دون تطبيق الأحكام العامة في الالتصاق على ما سيجيء (٢) ، ويمكن افتراض أن الباني قد بنى في أرض ترتب له عليها حق انتفاع ، وقد بنى بترخيص من مالك الرقبة دون أن يتضمن هذا الترخيص اتفاقا على مصير البناء . فهنا يكون المنتفع قد بنى في الأرض المنتفع بها بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض (٣) .

وفي هذا الفرض لا شك في وجوب اعتبار الباني حسن النية . فهو وإن كان يعلم أنه غير مالك للأرض ، إلا أنه حصل على رخصة من صاحب الأرض في البناء . فله إذن الحق في إقامته . وعلى هذا يكون في وضع مماثل تماما لوضع الحائر الذي يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامة البناء ، وهو الوضع المنصوص عليه في المادة ٩٢٥ مدني فيما قدمناه .

وعلى ذلك فالواجب تطبيق أحكام المادة ٩٢٥ مدني في هذا الفرض . وقد طبقت المادة ٩٢٦ مدني سائلة الذكر فعلا هذه الأحكام . فهي تقضي بأن مالك الأرض لا يجوز له ، بعد أن رخص في إقامة البناء ، أن يطلب إزالته . فيبقى البناء إذن في الأرض ، ويتملكه صاحب الأرض بالالتصاق ، ويدفع تعويضا للباني أقل القيمتين . قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء وقيمة المواد مع أجر العمل . ويجوز للباني ، لالصاحب الأرض . أن يطلب نزع البناء من الأرض . على أن يعيد الأرض إلى أصلها أو يعرض صاحبها عن الضرر الذي عسى أن يصيبها من جراء نزع البناء . ويشترط في ذلك ألا يكون نزع البناء من شأنه أن يضر بالأرض ضررا جسيما . وإلا كان الباني متعسفا في استعمال حقه في طلب نزع البناء .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٣١ .

(٢) أنظر مايل فقرة ١١٢ .

(٣) أنظر في حالة بناء المنتفع في الأرض المنتفع بها دون الحصول على ترخيص من مالك

الرقبة ، وفي اعتباره بانيا في أرض غيره . وهو سيء النية مايل فقرة ١٠٦ .

ونرى من ذلك أننا طبقنا في هذا الفرض ، بموجب المادة ٩٢٦ مدني صالفة الذكر . نفس الأحكام الواردة في المادة ٩٢٥ مدني . وهي الأحكام العامة في الالتصاق فيما إذا كان الباني حسن النية . ولا شك في حسن نية الباني في فرضنا هذا . ومن ثم تسرى الأحكام العامة في الالتصاق بصريح نص المادة ٩٢٦ مدني كما نرى . وتسرى بما أوردناه من تفصيلات فيما أسلفناه (١) .

غير أن هناك حكماً خاصاً نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ مدني ، يحيز لصاحب الأرض أن يملك الأرض للباني حسن النية في نظير تعويض عادل : إذا كان البناء قد بلغ حداً من الجسامه يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها (٢) . ولما كان هذا الحكم هو حكم استثنائي محض . فلا يصح إجراؤه إلا بنص خاص . ولم تشمل المادة ٩٢٦ مدني على هذا النص كما اشتملت عليه المادة ٩٢٥ مدني فيما رأينا . ومن ثم يبدو أنه لا يجوز تطبيقه في الفرض الذي نحن بصدده . ولا يستطيع صاحب الأرض ، إذا لم يغير الباني نزع البناء . إلا أن يملك البناء بأدنى النيجتين بطريق الالتصاق . ولا يجوز له أن يملك الأرض للباني ولو كان التعويض الواجب عليه دفعه مرهقاً له (٣) .

١٠٦ - فرضه ما إذا بنى المتنفع في الأرض المتنفع بها : وإذا بنى

المتنفع في الأرض المتنفع بها . وجب التمييز بين أمرين :
(الأمر الأول) أن يكون المتنفع قد حصل على ترخيص من مالك

(١) انظر آنفاً فقرة ١٠٤ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٠٤ .

(٣) ويمكن تعليل عدم الأخذ بجواز تملك الأرض لصاحب المنشآت في هذا الفرض ، بأنه مادام صاحب الأرض قد رخص لصاحب المنشآت في إقامة المنشآت ، فلا يحق له أن يتسك بأن التعويض مرهق له بعد أن صدر منه ترخيص في إقامة المنشآت . أما إذا كان الباني لم يحصل على ترخيص من صاحب الأرض في إقامة البناء : فهما كانت نيته حسنة فإن التعويض يجوز أن يرهق صاحب الأرض وهو لم يصدر منه ترخيص في البناء ، فأجيز له تفادياً من هذا الإرهاق أن يطلب تملك الأرض لصاحب المنشآت .

الرقبة في البناء^(١) . وهنا يعتبر بانيا حسن النية ، وتسرى عليه تبعاً لذلك أحكام المادتين ٩٢٥ و ٩٢٦ مدني . فيتملك صاحب الرقبة البناء بالالتصاق . وعليه أن يدفع للمنتفع أدنى القيمتين . قيمة المواد وأجر العمل وقيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء . وللمنتفع . إذا اختار ذلك . أن يطلب نزع البناء من الأرض على أن يعيدها إلى أصلها . ولكن ليس لصاحب الرقبة أن يطلب إزالة البناء^(٢) .

(والأمر الثاني) أن يكون المنتفع قد بنى في الأرض المنتفع بها دون الحصول على ترخيص في ذلك من مالك الرقبة . وهنا يعتبر بانيا سيء النية . وتسرى عليه تبعاً لذلك أحكام المادة ٩٢٤ مدني . فيجوز لمالك الرقبة أن يطلب إزالة البناء . وإذا استبقاه تملكه بالالتصاق على أن يدفع للمنتفع أدنى القيمتين . قيمة البناء مستحق الإزالة أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء^(٣) . وقد اعتبرنا المنتفع الذي لم يحصل على ترخيص في البناء سيء النية . لأنه لا يستطيع أن يتمسك بأن له حقاً كمنتفع في البناء على الأرض المنتفع بها إذا لم يكن قد حصل على ترخيص في ذلك من مالك الرقبة . فان المادة ٩٨٨ مدني توجب على المنتفع « أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها » . ويترتب على ذلك أنه ليس من حقه أن يغير حالة الأرض المنتفع بها بإقامة بناء عليها ، وإذا هو فعل فإنه يكون قد بنى وهو سيء النية فتسرى عليه أحكام الباني سيء النية^(٤) .

(١) وكان المشروع التمهيدي للفقنين المدني يشتمل على نص هو المادة ١٢٤٢ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « ليس للمنتفع أن يحدث أي بناء أو غراس بغير رضاء المالك ، وعليه أن يثبت هذا الرضاء بالكتابة أو بما يقوم مقامها » . وقد حذف هذا النص في بنية المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٦ في الهامش) فلم يبق إلا تطبيق المبادئ العامة (أنظر ما يلي فقرة ٥٤٣) .

(٢) أنظر في ذلك آنفاً فقرة ١٠٥ .

(٣) أنظر في تفصيل ذلك ما قدمناه آنفاً فقرة ١٠٣ .

(٤) عبد المنعم البدر أوى فقرة ٥٢ ص ٦٦ - وقد نص قانون الملكية العقارية اللبناني صراحة على أن المنتفع إذا بنى أو غرس في الأرض المنتفع بها تسرى عليه أحكام الباني أو الفارس في أرض غيره وهو سيء النية ، إذ تنص الفقرة الأخيرة من المادة ٢١٧ من هذا القانون على ما يأتي : « وعند انقضاء أجل الانتفاع ، تطبق هذه الأحكام (أحكام الباني أو الفارس وهو سيء النية) على المنتفع الذي يكون قد شيد أبنية أو غراس أغراساً في الأرض » .

وهذه المسألة محل خلاف شديد في القانون الفرنسي . فالقضاء الفرنسي يذهب إلى أن المتفع إذا بنى في الأرض المتفع بها دون ترخيص من مالك الرقة . وجب عليه أن يترك البناء للمالك الرقة دون أن يتقاضى منه أى تعويض . شأن البناء في ذلك شأن التحينات التي يجريها المتفع في العين المتفع بها فلا يتقاضى عنها تعويضا . أما الفقه الفرنسي فتقسم . فن الفقهاء من يسائر القضاء الفرنسي فيما ذهب إليه ^(١) . ومنهم من يخالفه ويعامل المتفع معاملة الباني سوية النية ^(٢) . أما في القانون المصري فلا محل لهذا الخلاف ، إذ لا يتضمن التعين المدنى المصرى . كما تضمن التعين المدنى الفرنسي (م ٥٩٩) ، نصا يحرم المتفع من الرجوع بالتحينات التي أجراها في العين المتفع بها على مالك الرقة . وهو النص الذي قاس عليه القضاء الفرنسي حرمان المتفع من الرجوع بأى تعويض على مالك الرقة فيما يقيمه من منشآت في العين المتفع بها . فالمتفع إذن : في القانون المصري ، له الحق في الرجوع بالتعويض على مالك الرقة فيما يقيمه من بناء . ولكنه يعتبر بانيا سوية النية ما دام لم يحصل على ترخيص في البناء من مالك الرقة كما سبق القول ^(٣) .

١٠٧ - فرضه ما إذا بنى المالك ثم أبطلت ملكيته أو فسخت : وهنا أيضا لا نواجه حائرا للأرض بنية تملكها . بل نواجه مالكا للأرض وقد بنى فيها وهو لا يزال مالكا ، ثم أبطلت ملكيته أو فسخت . فتسرى عليه الأحكام العامة للاتصاق سريانها على الحائر للأرض بنية تملكها .

ونستعرض بادىء ذى بدء فرضا يكون فيه الباني واضعا يده على الأرض بموجب عقد باطل . فهنا يكون الباني غير مالك للأرض أصلا ، ويكون بانيا في أرض غيره بنية سيئة أو بنية حسنة بحسب الأحوال . فان كان يعلم

(١) بودرى وشوفو فقرة ٢٧٣ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٧٠ هامش ٢٣ وقرة ٢٣٥ ص ٧٠٦ - بلانول وريير وبيكار ٣ فقرة ٨٧٩ - كولان وكايتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١١٤٩ - وقرب مازو فقرة ١٦٠٢ .

(٣) أنظر عكس ذلك وأن المتفع يعتبر بانيا حسن النية حتى لو لم يحصل على ترخيص في البناء : محمد علي عرق ٢ فقرة ٥٠ .

أن عقده باطل وأنه لا يملك الأرض بهذا العقد ، فهو بان سىء النية ، ويكون لمالك الأرض حق الإزالة أو حق استبقاء البناء وتملكه بالالتصاق في مقابل أدنى القيمتين . قيمة البناء مستحق الإزالة أو قيمة زيادة الأرض ، وذلك كله وفقا لأحكام المادة ٩٢٤ مدنى على التفصيل الذى قدمناه^(١) . وإن كان لا يعلم بيطلاق عقده ويعتقد وقت أن بنى أنه مالك للأرض وأن له حق البناء فيها . كان بانيا حسن النية ، ولا يكون لمالك الأرض معنى الإزالة بل يملك البناء بالالتصاق في مقابل أدنى القيمتين . قيمة المواد مع أجر العمل أو قيمة زيادة الأرض . ولكن يكون للباني حق نزع البناء إذا شاء ، ويكون لمالك الأرض تملكها للباني . وذلك كله وفقا لأحكام المادة ٩٢٥ مدنى على التفصيل الذى قدمناه^(٢) .

وقد يكون الباني مالكا للأرض يعقدقابل للإبطال ، وبني قبل إبطال العقد . فإذا أبطل العقد كان إبطاله بأثر رجعى ، وتبين أن الباني قد بنى في أرض لا يملكها . فإن كان يعلم بعبوب عقده وأنه قابل للإبطال ، كان بانيا سىء النية . وتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٤ مدنى . أما إذا كان لا يعلم بعبوب العقد ويعتقد أنه يملك الأرض وأن له الحق في إقامة البناء ، فإنه يكون بانيا حسن النية . وتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٥ مدنى .

وقد يكون الباني مالكا للأرض . وقد بنى عليها وهو لا يزال مالكا . ثم فسخت ملكيته . مثل ذلك مشتر للأرض لم يدفع الثمن . أو راس عليه مزاد الأرض وتختلف عن دفع باقى الثمن . فالأول يفسخ عقده بأثر رجعى ، والثانى يعاد البيع على مسئوليته ويفسخ رسو المزداد عليه بأثر رجعى كذلك . وهذا وذاك يعتبران أنهما لم يملكا الأرض أصلا وأنهما وقت أن بنيا فيها لم يكن لهما الحق في إقامة البناء . ولما كان سبب الفسخ راجعا إلى خطأهما إذ تخلفا عن دفع الثمن . فإن كلا منهما يعتبر بانيا في أرض غيره وهو سىء النية . فتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٤ مدنى^(٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٤ .

(٣) استئناف مخطوط ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٧٠ - الوسيط ١ فقرة ٤٧٨ -

محمد كامل مرسى ٣ فقرة ١١٩ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٥١ ص ٩٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٦٧ - أحمد نجيب الحلال وحامد زكى في البيع فقرة ٧٠٠ ص ٤٨١ .

وقد يكون الباني مشتريا للأرض تحت شرط فاسخ ، أو راس عليه مزاد الأرض وقررت عليه الزيادة بالمعشر ، فتحقق الشرط الفاسخ بأثر رجعي أو رسا المزاد على شخص غير من رسا عليه المزاد الأول . فيعتبر المشتري تحت شرط فاسخ إذا تحقق الشرط بغير خطئه ، وكذلك الراسي عليه المزاد الأول ، كل منهما قد بنى في أرض غيره وهو حسن النية ، فتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٥ مدني . أما إذا تحقق الشرط الفاسخ بخطأ المشتري ، فانه يعتبر بانيا في أرض غيره وهو سيء النية ، وتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٤ مدني (١) .

١٠٨ - فرض ما إذا بنى البائع في الأرض المبيعة قبل تسجيل عقد

البيع أو بنى المشتري في هذه الأرض قبل التسجيل : إذا باع شخص لشخص آخر أرضا ، فقبل تسجيل عقد البيع يبقى البائع مالكا للأرض ، ويكون المشتري غير مالك لها .

فاذا بنى البائع في الأرض قبل التسجيل ، ثم سجل عقد البيع فانتهلت الملكية إلى المشتري ، فهل يعتبر البائع بانيا في أرض غيره وتجري عليه أحكام الالتصاق ؟ لا يمكن القول بذلك إلا إذا سلمنا بأن التسجيل أثر رجعي فيما بين البائع والمشتري ، فتنقل الملكية بالتسجيل إلى المشتري - بالنسبة إلى البائع وحده - من وقت انعقاد البيع لا من وقت التسجيل . فيتبين أن البائع قد بنى في الأرض وهي في ملك المشتري ، فيكون بانيا في أرض الغير وهو سيء النية . وتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٤ مدني ، ويكون للمشتري الحق في طلب

(١) شفيق شحاتة فقرة ٢٣٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٢ ص ٦٥ - وهذا ما جرى عليه القضاء في فرنسا . فهو يطبق أحكام الالتصاق (م ٥٥٥ مدني فرنسي) على المالك تحت شرط فاسخ الذي يبني قبل تحقق الشرط ، ويعتبره في الأصل حسن النية ، إلا إذا كان تحقق الشرط قد وقع بخطئه ، أو كان قد بنى بعد أن رفعت عليه دعوى الفسخ (فقض فرنسي ٣٠ مارس سنة ١٨٥٢ دالوز ٥٢ - ١ - ٦٥ - ١٤ أبريل سنة ١٨٥٢ سيريه ٥٢ - ١ - ٤٤١ - ٨ مارس سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٧ - ١ - ٢٩٨ - بيزانسون ١٧ مارس سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ - ٢ - ٢١١ - بواتيه ١٥ فبراير سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٦ - ٢ - ١٥٥) . وانظر في هذه المسألة في الفقه الفرنسي أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠ ص ٣٦٧ هامش ١٨ - بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧٦ - بلانويول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٢٩٧١ - مازو فقرة ١٦٠٣ - أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ construction فقرة ٧٣ - فقرة ٧٦ .

إزالة البناء أو استبقائه في مقابل دفع أدنى القيمتين ، قيمة البناء مستحق المدمر أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء .

أخذ القضاء هذه الحلول ، ولكنه لم يؤسسها على فكرة الأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين ، فعنده أن التسجيل ليس له هذا الأثر الرجعي . بل اعتبر البائع وهو يبنى في الأرض التي باعها قبل التسجيل يبنى في أرض ملكها ، ولكنه لما كان ملتزماً بموجب عقد البيع أن يسلم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع (م ٤٣١ مدني) ، فانه يبنائه في الأرض يكون قد أدخل بهذا الالتزام . وقد كان مقتضى ذلك أن يجبر البائع على إزالة البناء ، ويكون هذا تعويضاً عينياً عن الإخلال بالتزامه . ولكن القضاء شبه البائع وهو يبنى في الأرض قبل التسجيل بالباقي في أرض غيره وهو سىء النية ، فأجرى عليه أحكام الالتصاق الواردة في المادة ٩٢٤ مدني عن طريق القياس ، وأجاز للمشتري إذا طلب البائع إزالة البناء أن يستبقيه في مقابل دفع قيمته مستحق المدمر أو دفع ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء^(١) .

(١) وقالت محكمة استئناف مصر في أسباب حكمها في هذا المعنى : « إنه إذا أحدث البائع بناء جديداً أو زيادة في المبيع قبل التسليم ، فيعتبر كأنه أقامه في غير ملكه ، حتى ولو كان ذلك قبل تسجيل العقد ، لأن بالتسجيل تنتقل الملكية من يوم حصوله ، غير أن باقي الالتزامات الأخرى الناشئة من البيع تكون واجبة الأداء من تاريخ التمهيد بالمبيع ، لأنها في الحقيقة التزامات شخصية تأخذ حكمها القانوني من وقت التمهيد . ومن حيث إنه من ضمن هذه الالتزامات امتناع البائع بمجرد التمهيد عن كل ما يزيد أو ينقص في المبيع ، وهو التزام يقتضيه الالتزام بتسليم المبيع كما هو وقت التمهيد المذكور . ومن حيث إن هذه الزيادة لا يمكن تسليمها للمشتري دون مقابل ، لأن في ذلك إضرار من غير مقابل يحرمه القانون المدني ، وعلى المشتري الذي يقبل البيع بهذه الزيادة أن يتبع القواعد التي رسها القانون فيما يختص بالنفاس أو البناء في أرض الغير » (استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ١٣ رقم ٣٨ ص ٩٦) .

وقد أبدت محكمة النقض هذا الحكم ، وقضت بأن البائع ملزم بتسليم العقار بحالته التي هو عليها وقت تحرير العقد . فإذا هو أقدم قبل نقل الملكية للمشتري بتسجيل العقد أو الحكم ببعده الناقض ، فأحدث زيادة في هذا العقار (بناء) بينا المشتري يطالبه ويقاضيه لتنفيذ تمهده ، فلا مخالفة لقانون التسجيل في أن تعتبره المحكمة - بعد أن صدر الحكم بصحة التعاقد وسجل - كأنه أحدث تلك الزيادة في أرض مملوكة لغيره ، يفصل في أمرها قسماً على حالة من أحدث غراساً أو بناء في ملك غيره (نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٨ ص ٦٠١) .

وفي رأينا أن هذا القضاء محل للنظر ، وقد قررنا عند الكلام في البيع أننا نذهب إلى أن للتسجيل أثراً رجعياً فيما بين البائع والمشتري (١) . فلو أخذنا بهذا الرأي لظهر في وضوح أن البائع ، وقد بنى في الأرض المبيعة قبل التسجيل ثم سجل العقد ، إنما يبنى في أرض لا يملكها إذ هي مملوكة للمشتري بعد أن سجل عقد البيع ، ويملكها منذ انعقاد البيع لا من وقت التسجيل وذلك بالنسبة إلى البائع وحده . فتستقيم الحلول التي أخذ بها القضاء ، ولا نحتاج إلى القول بأن البائع ، وقد بنى في أرض يملكها ما دام البيع لم يسجل وقت إقامة البناء ، يعتبر كالباني في ملك غيره ، فنثبت له الملكية من جهة وننفيها عنه من جهة أخرى . وقد قلنا في هذا الصدد . عند ما واجهنا هذه المسألة عند الكلام في عقد البيع : « ولا شك في أن القول بالأثر الرجعي (فيما بين المتعاقدين) هنا أفضل - من ناحية الصناعة القانونية - من إنكار هذا الأثر . فإننا إذا أنكرنا الأثر الرجعي ، كما فعل القضاء ، كان من الواجب التسليم بأن البائع قد بنى في ملكه وقت أن بنى . ولا يمكن الوصول ، من طريق أن البائع ملزم بالألا يحدث تغييراً في العين المبيعة وهو الطريق الذي اختارته محكمة النقض ، إلا إلى شيء قريب مما وصلت إليه المحكمة ، ولكنه ليس هو بالذات . وكل ما نصل إليه هو أن البائع قد أدخل بالتزامه في ألا يبنى في الأرض المبيعة ، فيطلب إليه تنفيذ التزامه عيناً ، فيهدم البناء ويأخذه أنقاضاً ، وقد يؤثر ذلك على أن يأخذ ثمن البناء مستحق الهدم ، فلا يستطيع المشتري إجباره على إبقاء البناء . فواضح إذن أننا لو أخذنا بفكرة الأثر الرجعي للتسجيل ، لوصلنا عن طريق مأمون إلى النتيجة التي نصل إليها بحكمة النقض وهي اعتبار البائع بانيا بسوء نية في أرض غيره ، وإجباره إذا شاء المشتري على إبقاء البناء في الأرض مقابل قيمته مستحق الهدم » (٢) .

(١) الوسيط ٤ فقرة ٢٨٢ - فقرة ٢٨٦ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ٢٨٢ ص ٥٢٣ - ص ٥٢٤ - وقد قيل « إن البائع إذا أصر على زرع البناء وأخذه أنقاضاً يكون متصفاً في استعمال حقه ، إذ أن زرع البناء ليس في مصلحة مادام المشتري يمرض عليه تمويهاً لا يقل عن قيمة البناء مستحق الهدم » (حلى بهجت بدوى في مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٧٥١) . والذي يمكن استخلاصه من تطبيق قواعد البيع في الفرض الذي نحن بصدده هو أن البائع قد أدخل بالتزامه من تسليم الأرض المبيعة

وإذا فرضنا ، على عكس الفرض الذى قدمناه ، أن المشتري هو الذى بنى فى الأرض قبل تسجيل عقد البيع ، ثم سجل العقد ، فالقول بالأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين لا تصبح له أهمية فى هذه الحالة . ذلك أنه لو قبل بالأثر الرجعى - لتبين أن المشتري قد بنى فى ملكه . وإذا قيل بأن التسجيل لا ينتقل ملكية الأرض ، فيما بين البائع والمشتري ، إلا من وقت تسجيل البيع ، لتبين أن المشتري قد بنى فى غير ملكه ، ولكنه أصبح هو نفسه المالك

بحالتها وقت انعقاد البيع ، بأن أحدث فيها بناء . فإذا طلب المشتري التعويض عيناً ، أجبر البائع على هدم البناء وإعادة الأرض إلى حالتها وقت البيع . وليس هذا حقاً للبائع حتى يحتل القول بأنه يتصف فى استعماله ، بل هو التزام يجب عليه القيام به . وإذا لم يطالب المشتري من البائع هدم البناء تعويضاً عينياً عن إخلاله بالتزامه من تسليم العين بحالتها وقت البيع ، يكون بذلك قد قبل ببقاء البناء قائماً فى الأرض . وعليه إذن أن يدفع البائع قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء . فالمشتري إذن بين أمرين : إما أن يجبر البائع على هدم البناء وإعادة الأرض إلى أصلها ، أو أن يستيق البناء مع دفع قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء . والنسبة لا يستطيع المطالبة به بموجب قواعد البيع ، وكان يستطيع المطالبة به بموجب قواعد الالتصاق ، هو استبقاء البناء مع دفع قيمته مستحق الهدم .

وهناك رأى يذهب إلى أن المشتري إلزام البائع بهدم البناء . وليس له أن يجبره على ترك البناء حتى لو عرض عليه الوفاء بما أنفق فيه ، وإذا أراد المشتري أن تنتقل ملكية البناء إليه فلا بد له من اتفاق جديد مع البائع على ذلك ، وتنتقل ملكية البناء إلى المشتري بموجب هذا الاتفاق الجديد الذى يخضع بدوره لإجراء التسجيل (محمد على عرفه ٢ فقرة ٥٢ ص ٦٤ - ص ٦٥ - حسن كبرى ص ٦٧ - ص ٦٨) . ويؤخذ على هذا الرأى أنه لم يواجه حالة ما إذا لم يطالب المشتري هدم البناء ولم يستطع الوصول إلى اتفاق مع البائع فى شأنه ، وهذه هى الحالة المنتظر وقوعها فى الغالب . فهل ينزع البائع البناء من الأرض دون أن يطلب منه المشتري ذلك ، وفزع البناء من الأرض التزام على البائع لاحق له كما قدمنا . أو يستيق المشتري البناء دون اتفاق مع البائع وإذا استبقاء فآية قيمة يلتزم بدفعها للبائع فى مقابل البناء ؟ يبدو أن الحل العادل فى هذه الحالة هو أن المشتري يستيق البناء فى مقابل دفع قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء كما سبق القول ، وليس له على أية حال أن يستيقه فى مقابل دفع قيمته مستحق الهدم . وكانت قواعد الالتصاق تجبنا كل هذه المشاكل ، وهى القواعد التى لجأ إليها القضاء فضلاً كما رأينا ، ولكن تطبيقها لا يستقيم من ناحية المنطق القانونى إلا إذا قلنا بأن لتسجيل أثرًا رجعيًا فيما بين البائع والمشتري .

بالسجل ، فلا يعود البائع شأن بالبناء الذي أقامه المشتري قبل التسجيل (١) .

(١) أو كما تقول محكمة النقض إن البيع غير المسجل يخول المشتري الانضغاع بالأرض فله حق البناء عليها على سبيل البقاء والاستقرار فيكون البناء ملكاً له (نقض ملف ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٨ ص ١٦٦) - ولكن الأثر الرجعي لتسجيل فيما بين البائع والمشتري ، إذا بقي المشتري في الأرض قبل التسجيل ، تكون له أهمية عملية فيما إذا أراد المشتري أن يشفع بانيته الذي أقامه في الأرض المجاورة التي يمت قبل أن يسجل عقد البيع . ونرى في هذه الحالة أن للمشتري أن يأخذ الأرض المجاورة بالشفعة بعد أن يسجل عقد البيع ، لأن التسجيل يحمله مالكاً - بالنسبة إلى مشتري الأرض المجاورة المشفوع منه وهو ليس من الغير في معنى التسجيل - من وقت انعقاد البيع الصادر للمشتري الشفيع ، فيكون هذا قد بقي في ملكه وتملك كلا من الأرض والبناء من وقت انعقاد البيع ، أي قبل البيع الصادر لمشتري الأرض المجاورة ، ومن ثم يجوز له الأخذ بالشفعة . بل إننا نرى أن المشتري الشفيع يأخذ بالشفعة ، حتى لو لم يبق في الأرض التي اشتراها ، إذ هو يمتلك هذه الأرض ، بعد تسجيل عقد البيع ، منذ انعقاد البيع ، وذلك بالنسبة إلى مشتري الأرض المجاورة فيكون جازاً مالكا في معنى الشفعة ، ومن ثم يجوز له أن يشفع بالأرض التي اشتراها دون حاجة إلى أن يقيم عليها بناء (أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٧ - ص ٥٢٨) .

وقد ذهبت محكمة النقض إلى إعطاء المشتري الذي بقي في الأرض المشترى قبل التسجيل الحق في أن يشفع في الأرض المجاورة إذا يمت قبل التسجيل ، ولكنه يشفع بالبناء الذي أقامه لا بالأرض التي اشتراها إذ هو لا يملكها إلا من وقت التسجيل بحسب المبدأ الذي سارت عليه محكمة النقض . أما البناء الذي أقامه المشتري فإنه يملكه منذ إقامته وقبل أن يملك الأرض ، وملكته له ملكية مصدرها واقعة البناء على سبيل القرار ، ومن ثم يقوم به سبب الشفعة بوصفه جازاً مالكا للبناء . ولا مخالفة في ذلك لقانون التسجيل ، ذلك أن الشفيع مشتري الأرض بمقد غير مسجل لا يؤسس حقه في طلب الشفعة على عقد شرائه ، وإنما يقيمه على ملكية البناء استقلاً عن الأرض . كما لا مخالفة لأحكام الملكية بالاتصاق قولاً بأن بائع الأرض يعتبر في حكم القانون وبالنسبة للكافة هو وحده مالك البناء الذي أقامه المشتري الذي لم يسجل عند شرائه . ذلك بأن القانون إذ يعتبر مالك الأرض مالكا للبناء بفعل الاتصاق إنما يقرر في صالح المالك قريبة غير قاطعة قابلة لإثبات العكس ، كما إذا خول مالك الأرض لمستأجرها الحق في إقامة المنشآت وتملكها ، فإنه في هذه الحالة يعتبر مالكا لما يقيمه عليها من بناء على اعتبار أنه عقار . فناط تطبيق قواعد الاتصاق ألا يكون ثمة إذن صريح أوضعي من مالك الأرض لغير بائع هذا البناء . فحينئذ وجد اتفاق أو إذن صريح أوضعي من مالك الأرض للغير ، امتنع التحدى بقواعد الاتصاق وفقاً لأحكام المادة ٦٥ من القانون المدني لتقديم ، ووجب اعتبار البناء عقاراً مستقلاً عن الأرض وملكاً خالصاً لمن أقامه . ولا نزاع في أن البائع ، وهو ملزم بتسليم المبيع للمشتري وعدم التعرض له ، إذا ما أوفى بهذا الالتزام فقد نقل للمشتري حيازة المبيع . وكان لهذا الأخير أن ينتفع به بكافة وجوه الانضغاع . ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار (نقض ملف ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٨ ص ١٦٦ - وانظر في انتقاد هذا الحكم محمد علي عرفة ٢ فقرة ٥٧) . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في الشفعة (أنظر ما قبل فقرة ١٨٩) .

ولكن تدق المسألة لو أن مشتريا ثانيا من البائع - بق المشتري الأول الذى بنى فى الأرض إلى تسجيل عقده - فانتقلت الملكية إلى المشتري الثانى دون المشتري الأول . ونرى أن الواجب فى هذه الحالة معاملة المشتري الأول معاملة البانى فى أرض غيره وهو حسن النية . لأنه وقت أن بنى كان يعتقد أنه لا يمتدى على حق لأحد وأن له حقا فى البناء . ومن ثم تسرى عليه أحكام أحكام المادة ٩٢٥ مدنى وهى الأحكام العامة للاتصاق فيما إذا كان البانى حسن النية ، ويتملك المشتري الثانى البناء بالاتصاق على أن يدفع للمشتري الأول أدنى القيمتين . قيمة المواد مع أجر العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء . ويكون للمشتري الأول الحق فى نزع البناء من الأرض مع إعادتها إلى أصلها . كما يكون للمشتري الثانى أن يملك الأرض للمشتري الأول فى مقابل تعويض عادل إذا كان التزامه بدفع أدنى القيمتين للمشتري الأول فى مقابل تملكه البناء بالاتصاق مرهقا له .

٣ - أداء التعويض لصاحب المنشآت

١٠٩ - عن صاحب المنشآت فى عيب الأرض متى يستوفى التعويض

وحسب صاحب الأرض فى تبسيط دفع التعويض : رأينا فيما تقدم أن الأحكام العامة للاتصاق توجب على صاحب الأرض . عندما يتملك بالاتصاق المنشآت التى أقامها أجنبى فى أرضه . دفع تعويض لصاحب المنشآت يختلف باختلاف ما إذا كان من أقام المنشآت حسن النية أو سيئها . فهو إذا كان حسن النية . كان التعويض الذى يلتزم به صاحب الأرض أدنى القيمتين : قيمة المواد مع أجر العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت . وهذا ما لم يختار صاحب المنشآت نزع البناء من الأرض وإعادتها إلى أصلها . وهناك تعويض آخر فى هذا الفرض . فقد يختار صاحب الأرض تملك الأرض لصاحب المنشآت إذا كان التعويض المستحق عليه مرهقا له . وذلك فى مقابل تعويض عادل عن الأرض يكون الملتزم به فى هذه الحالة هو صاحب المنشآت نحو صاحب الأرض . وإذا كان من أقام المنشآت سيئ النية . كان لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت . وله أن يستبها

ويتملكها بالاتصاق . ويكون التعويض الملتزم به في هذه الحالة نحو صاحب المنشآت هو أدنى القيمتين . قيمة المنشآت مستحقة للإزالة أو قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت .

ولما كان التعويض يستحقه . في أغلب هذه الأحوال . صاحب المنشآت قبل صاحب الأرض . وكان الأول هو الذي يحوز الأرض التي أقام عليها المنشآت . فمن حقه طبقا للقواعد العامة أن يخس الأرض حتى يستوفى التعويض المستحق له . وقد يكون التعويض . في جميع الأحوال المتقدمة بما فيها حالة التعويض الذي يدفعه صاحب المنشآت لصاحب الأرض عند تملك الأرض لصاحب المنشآت . عبئا ثقيلا على المدين به . فأجاز له القانون تسيرا عليه أن يطلب التقسيط في الوفاء بهذا التعويض .

ونبحث كلا من هذين الأمرين :

١١٠ - حبس صاحب المنشآت للمنشآت متى يستوفى التعويض :

هنا يجب أن نستبعد . كما قدمنا ، حالة تملك الأرض لصاحب المنشآت فيما إذا كان هذا الأخير حسن النية وكان يرقى صاحب الأرض أن يدفع له التعويض المستحق عليه . ذلك لأن الأرض والمنشآت تكون في هذه الحالة في حيازة صاحب المنشآت . فهو الحائز وهو في الوقت ذاته المدين بالتعويض . أما الدائن بالتعويض فهو صاحب الأرض ولا يحوز شيئا . فلا يتصور إذن إعطاؤه حق حبس المنشآت حتى يستوفى التعويض المستحق له .

ولنما يثبت حق حبس المنشآت لمن أقامها . عندما يكون دائنا بالتعويض لصاحب الأرض على التفصيل الذي سبق أن بسطنا . فهو الحائز للأرض والمنشآت معا ، ويستطيع أن يخس المنشآت . ومعها الأرض ضرورة . حتى يستوفى التعويض المستحق له . وهذا الحق في الحبس يثبت له بموجب القواعد العامة . وهي مقرر في المادة ٢٤٦ مدني إذ تقول : « ١ - لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به . ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتب به . أو ما دام الدائن لم يقدم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا . ٢ - ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرز . إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة .

فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له . إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع . وواضح أن صاحب المنشآت . بعد أن ملكها صاحب الأرض بالاتصاق : ملزم بأن يسلمها لصاحب الأرض . ولكن صاحب الأرض ملزم أيضا بأن يدفع لصاحب المنشآت التعويض المستحق له . وهذا الدين بالتعويض في ذمة صاحب الأرض مرتبط على التزام صاحب المنشآت بتسليمها لصاحب الأرض ومرتب به ، فتوافرت شروط الحبس . وجاز لصاحب المنشآت أن يحبسها عن صاحب الأرض وعن دائنيه وعن أى شخص آخر تنتقل إليه من صاحب الأرض ملكية المنشآت أو أى حق عيني عليها ^(١) . وذلك حتى يستوفى صاحب المنشآت التعويض المستحق له . وإذا كان لحائز الشيء الذى أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة حق حبه حتى يستوفى ما هو مستحق له بصريح نص الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ مدنى سالفه الذكر . فأولى أن يثبت حق الحبس لمن أنشأ الشيء إنشاء ولم يقتصر على إنفاق مصروفات نافعة عليه : حتى يستوفى ما هو مستحق له ^(٢) . وما دام قد ثبت لصاحب المنشآت حق حبسها على النحو الذى ذكرناه . فإن الأحكام العامة للحق في الحبس تسرى . وقد سبق تفصيلها في الجزء الثانى من الوسيط ^(٣) . وينتهى الحق في الحبس إذا قدم صاحب الأرض تأمينا كافيا للوفاء بالتعويض . أو قضى بأن يكون الوفاء بالتعويض على أقساط دورية بشرط أن يقدم صاحب الأرض الضمانات اللازمة (م ٩٢٧ و ٩٨٢ مدنى) كما سيبحث ^(٤) .

(١) الوسيط ٢ فقرة ٦٧٣ - فقرة ٦٧٤ .

(٢) ولا يمكن القول بأن التزام صاحب المنشآت بردها إلى صاحب الرد ناشئ عن عمل غير مشروع . ذلك أنه ناشئ عن تملك صاحب الأرض للمنشآت بالاتصاق نتيجة لإقامة هذه المنشآت في أرضه ، وإقامة المنشآت في الأرض الغير ، ولو بسوء نية ، لا يعتبر عملا غير مشروع في معنى المادة ٢٤٦ / ٢ مدنى . أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ١١١ - شفيق شحاتة فقرة ٢٣٦ ص ٢٤٨ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٦٩ ص ٣٩٥ - عكس ذلك عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٨ .

(٣) الوسيط ٢ فقرة ٦٣٦ وما بعدها .

(٤) أنظر مايل فقرة ١١١ - ولا يوجد في القانون الفرنسى نص عام في الحبس ، كما وجد هذا النص في الترتين المدنى المصرى الجديد فيما رأينا . ويذهب القصاص الفرنسى إلى =

وليس لصاحب المنشآت حق امتياز عليها : فإن الامتياز لا يثبت إلا بنص والنص غير موجود : ومجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه بصريح النص (م ١/٢٤٧ مدني) .

١١١ - من صامب الأرض في تعسب دفع التعويض - نص قانوني :
المادة ٩٢٧ مدني على ما يأتي :

« تسرى أحكام المادة ٩٨٢ في أداء التعويض المنصوص عليه في المواد الثلاث السابقة »^(١) .

= إعطاء الحق في الحبس الحائز حسن النية (نقض فرنسي ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٤ - ١-٢٤١) دون الحائز سيء النية (نقض فرنسي ١٣ يولييه سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤-١-٢١) .
ويؤيد هذا القضاء بعض الفقهاء (كاسان في الدفع بعدم التنفيذ في العلاقات التبادلية رسالة من باريس سنة ١٩١٤ ص ٥٥٦ - بلانول وزيير وبيكار ٣ فقرة ٢٧١ ص ٢٦٨) . ولكن الغالب في الفقه الفرنسي هو التسوية ما بين الحائز حسن النية والحائز سيء النية ، وإعطاء الاثنين الحق في الحبس (بيدان في التأمينات العينية ١ فقرة ٢٤٠ - Ferron) في تعليقه في سيريه ١٩٠١ - ١ - ١٩٣) . أو إنكاره عليهما معاً (أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة) . أما في التقنين المدني المصري السابق ، فقد كان الرأي الغالب هو إعطاء الحق في الحبس للحائز سواء كان حسن النية أو سيئها ، قياساً على الحق في الحبس المعطى لمن أحدث تحسينات في العين بصريح نص هذا التقنين (م ٢/٦٠٥ مدني قديم) : أنظر استئناف مختلف ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٢٤ - ٢٥ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٠٥ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٦٨ - محمد كامل مرسى في مجلة القانون والاقتصاد ٨ فقرة ٦١ ص ٤٣٢ - ص ٤٣٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٤٦ ص ٧٩ ومجته في مجلة المحاماة ٢٢ ص ٥٦٧ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٤ من المشروع التهديدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٩ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٦ . فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٤ - ص ٣٢٥) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ومقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي ٩٣١ م (مقابل) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

والمواد الثلاث السابقة هي المواد ٩٢٤ - ٩٢٦ مدنى ، وهى فيما يتعلق بالتعويض تعرض : (١) للتعويض الذى يستحقه صاحب المنشآت فى حالة ما إذا كان سىء النية . وهو أدنى القيمتين . قيمة المنشآت المستحقة الإزالة وقيمة زيادة ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت (م ٩٢٤ مدنى) . (٢) والتعويض الذى يستحقه صاحب المنشآت فى حالة ما إذا كان حسن النية أو كان قد بنى بترخيص من صاحب الأرض . وهو أدنى القيمتين . قيمة المواد مع أجر العمل وقيمة زيادة ثمن الأرض بسبب المنشآت (م ١/٩٢٥ و ٩٢٦ مدنى) . (٣) والتعويض الذى يستحقه صاحب الأرض فى حالة ما إذا ملك الأرض لصاحب المنشآت حسن النية ، حتى يتفادى تحملك المنشآت بالاتصاق فيكون التزامه بتعويض صاحبها مرهقا له ، وهو تعويض عادل يدفعه صاحب المنشآت لصاحب الأرض (م ٢/٩٢٥ مدنى) .

فقد يكون التعويض المستحق فى هذه الأحوال المختلفة مبلغا جسيما يعنى المدين به دفعه فوراً وحيلة واحدة . فقرر القانون أن يعامل المدين بهذا التعويض معاملة المالك المدين بتعويض الحائز عما أنفق من مصروفات ضرورية ومصروفات نافعة ، تيسيرا له فى الوفاء بالتعويض المستحق . وهذا التيسير فى دفع التعويض عن المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة تضمنته المادة ٩٨٢ مدنى ، وقد أحات المادة ٩٢٧ مدنى سالفة الذكر عليها . فتسرى إذن أحكام المادة ٩٨٢ مدنى على أداء التعويض المستحق بموجب أحكام الاتصاق . وتنص المادة ٩٨٢ مدنى هذه على أنه « يجوز للقاضى . بناء على طلب المالك ، أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها فى المادتين السابقتين . وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية : بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام ، إذا هو عجل مبلغا يوازى قيمة هذه الأقساط مخصوما منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها » .

فللقاضى إذن : بناء على طلب المدين بالتعويض (صاحب الأرض أو صاحب المنشآت بحسب الأحوال) . أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بهذا التعويض . وله بوجه خاص أن يقسط هذا التعويض ، فيكون الوفاء

به على أقساط دورية في مواعيد يحددها القاضى . كما أن له أن يؤجل دفع التعويض فيدفعه المدين به جملة واحدة في ميعاد يحدده القاضى . وسواء قسط القاضى التعويض أو أجل دفعه . فالواجب أن يقدم المدين بالتعويض الضمانات اللازمة للوفاء به في مواعيده الدورية أو عند حلول الأجل الذى حدده القاضى . فيقدم مثلاً رهناً أو كفالة عينية أو شخصية (١) . ويستطيع المدين بالتعويض ، إذا لم يجد سبيلاً لتقديم هذه الضمانات . أن يتحلل من الالتزام بتقديمها إذا هو وفى التعويض فوراً وجملة واحدة بعد خصم فوائدها بالسعر القانونى (٤٪) من يوم أن وفى بها إلى يوم استحقاقها وفقاً للمواعيد التى حددها القاضى . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى التزام المالك بتعويض الحائر عما أنفق من المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة (٢) .

§ ٤ - فروض ورود فيها أعظم خاصة غير أعظم الالتصاق :

١١٢ - فروض ما إذا بنى المستأجر فى العين المؤجرة : ورد فى هذا

الفرض نص خاص . ليس هو مجرد تطبيق لأحكام الالتصاق المتقدم ذكرها ، بل يفاير هذه الأحكام بعض المغايرة . ومن ثم يجب تطبيق هذا النص الخاص دون أحكام الالتصاق . فقد نصت المادة ٥٩٢ مدنى على أنه « ١ - إذا أوجد المستأجر فى العين المؤجرة بناء أو غراساً أو غير ذلك من التحسينات مما يزيد فى قيمة العقار ، التزم المؤجر أن يرد للمستأجر عند انقضاء الإيجار ما أنفق فى هذه التحسينات أو ما زاد فى قيمة العقار . ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغير ذلك . ٢ - فإذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر أو رغم معارضته . كان له أيضاً أن يطلب من المستأجر إزالتها . وله أن يطلب فوق ذلك تعويضاً عن الضرر الذى يصيب العقار من هذه الإزالة إن كان للتعويض مقتضى . ٣ - فإذا اختار المؤجر أن يحتفظ بهذه التحسينات فى مقابل رد إحدى القيمتين المتقدم ذكرهما . جاز للمحكمة أن تنظره إلى أجل للوفاء بها » .

(١) وعلى ذلك لا يكون لصاحب المنشآت أخزق حبسها حتى يستوى التعويض المستحق له . فقد أصبح هذا التعويض بالأجل الذى يحدده القاضى غير حال الأداء . وأخيراً لا يكون إلا فى حق مستحق الأداء (عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٢٦٩ ص ٣٩٥) .
(٢) أنظر ما يلى فقرة ٣٥٤ - فقرة ٣٥٩ .

ونبين هنا فِيم تتفق هذه الأحكام مع أحكام الالتصاق وفِيم تختلف ، وهي على كل حال واجبة التطبيق في الفرض الذي نحن بصدده : انفتقت مع أحكام الالتصاق أو اختلفت معها .

ففي حالة ما إذا أحدث المستأجر البناء أو الغراس بعلم المؤجر ودون معارضته ، وعلى المستأجر إثبات العلم وعلى المؤجر إثبات المعارضة : وجب التسليم بأن المؤجر موافق على إقامة هذه المنشآت في العين المؤجرة موافقة ضمنية على الأقل ، إذ هو عالم بها ولم يعارض فيها . ومن ثم يكون المستأجر في وضع الحائز حسن النية : وقد قضى النص بأن يستبقى المؤجر البناء أو الغراس لأنه كان موافقا على إحداثه فلا يجوز له طلب إزالته : ويرد للمستأجر عند نهاية الإيجار أقل القيمتين . ما أنفقه في تلك التحسينات أو ما زاد في قيمة العين المؤجرة . وإلى هنا تتفق هذه الأحكام مع أحكام الالتصاق . ولكن الحائز حسن النية في أحكام الالتصاق يجوز له : إذا أراد ، نزع المنشآت مع إعادة العين إلى أصلها . أما المستأجر فلا يجوز له نزع المنشآت إذا أراد المؤجر استبقاؤها . (١) وكذلك يجوز في أحكام الالتصاق أن يطلب صاحب الأرض تملك الأرض لصاحب المنشآت في نظير تعويض عادل إذا كان

(١) ومع ذلك قضت محكمة النقض بأنه متى كان الواقع في الدعوى هو أن المؤجر قد رخص للمستأجر في أن يقيم على نفقته بناء فوق العين المؤجرة ، على أن يلتزم بمواعيد المباني التي تربط على هذا البناء المستجد ، وسكت الطرفان عن بيان مصير هذه المنشآت ، فإن ملكيتها تكون للمستأجر طوال مدة الإجارة ، ولا تقوّل إلى المؤجر إلا عند انتهاء عقد الإيجار . ذلك أن حق المؤجر بالنسبة إلى تلك المنشآت لا يتحدد إلا بالنظر إلى حالة العقار المؤجر في هذا الوقت ، وبحق للمستأجر أن يزيلها قبل انتهاء عقد الإيجار بشرط أن يمدد العين المؤجرة إلى حالتها الأصلية ، بينما يتمتع على المؤجر في هذا الفرض طلب إزالة هذه المنشآت - ولا يصح الاحتجاج بأن أحكام الالتصاق المقررة في القانون الملغى تقضى باعتبار المؤجر مالكاً للبناء من وقت إنشائه ، إذ أن ترخيص المؤجر للمستأجر في إقامة البناء على نفقة هذا المستأجر مع التزام الأخير بدفع الضريبة المقررة على هذا البناء - وهي ما يلتزم به أصلاً المالك - دون اتفاق على مصير هذا البناء ، ذلك يتضمن قبول المؤجر تأجيل أعمال أحكام الالتصاق حتى ينتهي عقد الإيجار ، وهي أحكام لا تتعلق بالنظام العام ، ويجوز لذلك الاتفاق على تعديلها (نقض مدني ٢٦ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٧٢ ص ١٢٥١ : ويلاحظ أن البناء قد أقيم في هذه القضية في وقت كان فيه التقنين الملغى السابق هو المعمول به) .

التزامه بتعويض صاحب المنشآت فيما إذا استبقاها التزاما مرهقا له . أما المؤجر فلا يجوز له تحميل العين المؤجرة للمستأجر إلا باتفاق خاص .

وفي حالة ما إذا أحدث المستأجر البناء أو الغراس دون علم المؤجر أو بعلمه ولكن رغم معارضته ، وجب القول إن المؤجر يكون غير موافق فعلا على ما أحدثه المستأجر إذا تم رغم معارضته ، أو غير موافق عليه حكما إذا تم دون علمه . ومن ثم يكون المستأجر في وضع الحائر سىء النية ، وقد قضى النص بأن يكون للمؤجر طلب الإزالة ، وعلى المستأجر عندئذ أن يتزع ما أحدثه في العين المؤجرة وأن يعيد العين إلى أصلها ، وللمؤجر أن يطلب تعويضا عن الضرر الذى يصيب العين المؤجرة إن كان للتعويض مقتضى .

وإلى هنا تتفق هذه الأحكام مع أحكام الالتصاق^(١) . ويجوز للمؤجر كذلك أن يستبقى ما أحدثه المستأجر ، ولكن عليه أن يرد له أدنى القيمتين ، ما أنفقه المستأجر أو ما زاد في قيمة العقار . وهنا تختلف هذه الأحكام عن أحكام الالتصاق . فأحكام الالتصاق تقضى بأن يرد صاحب الأرض أدنى القيمتين ، قيمة المنشآت مستحقة الإزالة أو ما زاد في قيمة الأرض . فقيمة المنشآت مستحقة الإزالة في أحكام الالتصاق يقابلها ما أنفقه المستأجر في أحكام الإيجار ، ولما كان الغالب أن يكون ما أنفقه المستأجر أكبر من قيمة المنشآت مستحقة الإزالة ، فإن القانون يكون قد عامل المستأجر معاملة أفضل من معاملته للمحائر سىء النية في أحكام الالتصاق^(٢) .

(١) ولكن ليس للمؤجر أن يطلب الإزالة إلا عند انقضاء الإيجار ، إذا كانت المبانى التى أقامها المستأجر لم يترتب عليها صرر العين المؤجرة . وذلك لأن مصلحة المؤجر في طلب إزالتها لا تتور إلا عند انقضاء الإيجار ، حيث يلتزم المستأجر برد العين بالحالة التى تسلمها بها (نقض مدنى ١٤ يونيو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٨٨ ص ١٣٥٩) .

(٢) ومع ذلك يستطيع المؤجر ، من الناحية العملية ، أن يدفع للمستأجر مبلغا يقرب من قيمة المنشآت مستحقة الإزالة ، وسيبيل إلى هذا أن يهدد المستأجر باستعماله حقه في طلب الإزالة والتعويض ، فيضطر المستأجر في كثير من الأحيان أن يقبل المبلغ الذى يعرضه عليه المؤجر (الوسيط ٩ فقرة ٤٣٣ ص ٦٢٦ هامش ١) .

أما في عهد التقيين المدنى السابق ، فقد قضت محكمة النقض بأن الشارع غرل مالك الأرض ، وفقاً لأحكام الالتصاق المنصوص عليها بالمادة ٦٥ من القانون المدنى القديم ، الحق في تملك البناء الذى يقيم به التير في أرضه دون رضاه مقابل دفع القيمة طبقاً لهذه المادة . وقضى بأن المالك الخيار بين طلب إبقاء البناء وطلب إزالته على نفقة من أقامه مع تعويض الخسارة الناشئة عن فعله . وإذا لم يكن القانون المدنى القديم يتضمن نصاً خاصاً بتنظيم العلاقة بين المالك =

وفي جميع الأحوال ، إذا احتفظ المؤجر بالمنشآت التي أقامها المستأجر ووجب عليه تعويضه على النحو سالف الذكر . جاز للمحكمة أن تنظر المؤجر إلى أجل الوفاء بالتعويض (م ٥٩٢/٣ مدني سالف الذكر) . ويجوز التوسع في تفسير هذا الحكم . بحيث يقال إن للمحكمة أيضا أن تقسط التعويض على أقساط دورية : وإن لها أن تلزم المؤجر بالضمانات اللازمة ، فتقرب أحكام الإيجار في هذا الصدد من أحكام الالتصاق كما هي مقررة في المادتين ٩٢٧ و ٩٨٢ مدني (١) .

١١٣ - فرض ما إذا بنى المشتري في العقار المشفوع فيه : وورد هنا أيضا نص خاص . بغاير مغايرة كبيرة الأحكام العامة في الالتصاق ، فيجب في هذا الفرض تطبيق هذا النص الخاص دون هذه الأحكام . فقد نصت المادة ٩٤٦ مدني على أنه « ١ - إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل إعلان الرغبة في الشفعة . كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الفراس . ٢ - وأما إذا جصل البناء أو الفراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة ، كان للشفيع أن يطلب الإزالة . فإذا اختار أن يستبق البناء أو الفراس فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الفراس » . ونرى من هذا النص أنه يفرق بين حالتين :

والمستأجر في هذا الشأن - كما ورد بنص المادة ٥٩٢ من القانون المدني الحالي - فإن مؤدى الأحكام العامة للالتصاق الواردة بالقانون المدني المشار إليها فيما تقدم ، أن البناء الذي يقيم المستأجر من ماله الخاص دون إذن صريح أو ضمني يأنشئه من مالك الأرض لا يكون ملكاً لصاحب هذه الأرض بفعل الالتصاق إذا عمل رخصته في الاختيار باظهار رغبته في الإزالة . فلا يلحق البناء بملكية الأرض . وإنما يبقى مستقلاً عنها ملكاً خالصاً لمن أقامه مدة بقاءه . فإذا كان المؤجر قد أظهر رغبته في إزالة المباني ، فإنها تبقى مملوكة للمستأجر حتى يقوم بإزالتها في أثناء مدة الإيجار أو بعد انتهائها ، ولا يكون للمؤجر حق المطالبة بأجرة عنها (نقض مدني ١٤ يونيو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٨٩ ص ١٣٧٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١١١ - وانظر فيما يتعلق بملكية المباني والفراس في أثناء الإيجار الوسيط ٦ فقرة ٤٣٣ - وانظر في تفعيل ما قدمناه الوسيط ٦ فقرة ٤٣٠ - فقرة ٤٣٣ - وقارن محمد علي عرفة ٢ فقرة ٤٩ .

(الحالة الأولى) حالة ما إذا بنى المشتري أو غرس قبل إعلان الرغبة في الشفعة ، وهنا يمكن اعتبار المشتري في وضع الحائز حسن النية . ولكن الأحكام التي تسرى عليه تغاير أحكام الالتصاق . فإنه يكون بخيرا ، إذا ترك البناء أو الغراس في العقار المشفوع فيه يملكه الشفيع . بين أن يتقاضى من الشفيع المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار . ويبدو أن للمشتري ، بدلا من ترك البناء أو الغراس في العقار المشفوع فيه وتقاضى أكبر القيمتين المتقدمتين الذكر ، الحق في نزع البناء أو الغراس من العقار على أن يعيد العقار إلى أصله ، إذ لا يوجد لا في النصوص ولا في المبادئ العامة ما يحول دون ذلك ، فضلا عن أن الحكم لاشك في عدالته (١) . ويتبين من الأحكام سالفة الذكر مغايرة كبيرة بينها وبين أحكام الالتصاق في حالة الحائز حسن النية . ذلك أن الحائز حسن النية ، إذا لم يتزع المنشآت من الأرض ويبعد الأرض إلى أصلها ، يبقى هذه المنشآت في الأرض ويملكها صاحب الأرض بالالتصاق ، على أن يدفع لصاحب المنشآت أقل القيمتين ، المبلغ الذي أنفقه الحائز في إقامة المنشآت أو ما زاد في قيمة العقار . أما هنا فالمشتري الذي أقام المنشآت - لا الشفيع الذي يعتبر في وضع صاحب الأرض لأنه يصبح بالشفعة صاحب العقار المشفوع فيه - هو الذي يختار ، إذا لم يتزع المنشآت من العقار المشفوع فيه ، بين أكبر القيمتين (لا بين أقل القيمتين كما هو الأمر في أحكام الالتصاق) ، المبلغ الذي أنفقه المشتري في إقامة المنشآت أو ما زاد في قيمة العقار . وهذا فرق جوهري ما بين أحكام الشفعة وأحكام الالتصاق ، إذ المشتري يعامل معاملة أفضل من معاملة الحائز . ويبرر ذلك أن المشتري إنما يقيم المنشآت في ملكه ، ولم يكن عليه قبل إعلانه برغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة أن يحسب حساب هذه الرغبة عند إقامة المنشآت . وقرق آخر ما بين أحكام الشفعة وأحكام الالتصاق ، هو أن الشفيع لا يجوز له تملك العقار المشفوع فيه للمشتري حتى لو كان التعويض المستحق عليه مرهقا له وكان أمامه أن يتفادى هذا الإرهاق

بترك الأخذ بالشفعة ، في حين أن صاحب الأرض له هذا الحق بالنسبة إلى الحائز حسن النية كما سبق القول .

(الحالة الثانية) حالة ما إذا بنى المشتري أو غرس بعد إعلان الرغبة في الشفعة ، وهنا يمكن اعتبار المشتري في وضع الحائز سىء النية . ويجوز للشفيع طلب الإزالة ، وإعادة العقار إلى أصله مع التعويض إن كان له مقتضى ، وإلى هنا تتفق أحكام الشفعة مع أحكام الالتصاق . فإذا اختار الشفيع أن يستبقى البناء أو الغراس ، أخذه بقيمة ما أنفق المشتري فيه . وهنا تختلف أحكام الشفعة عن أحكام الالتصاق اختلافا بينا ، فإن صاحب الأرض في أحكام الالتصاق إذا استبقى المنشآت أخذها بأقل القيمتين ، قيمة المنشآت مستحقة الإزالة وقيمة زيادة العقار المشفوع فيه بسبب هذه المنشآت .

وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في الشفعة ورجوع المشتري على الشفيع بسبب ما أقامه من بناء أو غراس في العقار المشفوع فيه (١) .

١١٤ - فرض ما إذا بنى المحكر في الأرض المحكرة : وقد ورد نص خاص في هذا الفرض أيضا تختلف أحكامه قليلا عن أحكام الالتصاق ، فيعمل بأحكام النص الخاص دون أحكام الالتصاق . إذ نصت المادة ١٠١٠ مدنى على أنه « ١ - عند فسخ العقد أو انتهائه ، يكون للمحكر أن يطلب إما إزالة البناء أو الغراس أو استبقاءهما مقابل دفع أقل قيمتهما مستحق الإزالة أو البقاء . وهذا كله ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره . ٢ - وللمحكمة أن تمهل المحكر في الدفع إذا كانت هناك ظروف استثنائية تبرر الإمهال ، وفي هذه الحالة يقدم المحكر كفالة لضمان الوفاء بما يستحق في ذمته » .

وهنا عامل القانون المحكر معاملة الحائز سىء النية . لأنه وهو ببنى أو يفرس في الأرض المحكرة يعلم أن الأرض مملوكة لغيره . وأعطى للمحكر صاحب الأرض الحق في طلب الإزالة وإعادة الأرض إلى أصلها ، وهنا تتفق أحكام المحكر مع أحكام الالتصاق . فإذا اختار المحكر استبقاء البناء أو الغراس ، تملكه بأدنى القيمتين ، قيمته مستحق الإزالة أو قيمته

مستحق البقاء . وله أن يطلب مهلة في الدفع ، مع تقديم كفالة لضمان الوفاء بما يستحق في ذمته . وفي هذا كله أيضا تنفذ أحكام المحكم مع أحكام الالتصاق ، فتكون أحكام المحكم في مجموعها منفعة مع أحكام الالتصاق . إلا أنه مع ذلك يوجد فرق ما بين أحكام المحكم وأحكام الالتصاق . ففي أحكام الالتصاق ، في حالة الحائز سىء النية : لا يجوز لصاحب الأرض طلب الإزالة إلا في ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه باقامة المنشآت . أما في المحكم فلم ينص القانون على ميعاد محدد يطلب فيه المحكم الإزالة ، ومن ثم يجوز له طلب الإزالة في أى وقت شاء (١) .

§ ٥٥ - فروض تستبعد أصل من نطاق أمظام الالتصاق

١١٥ - فرض ما إذا بنى المالك في السبوع في الأرض الشائعة : إذا أقام أحد الشركاء بناء على جزء مفروز من الأرض الشائعة قبل قسمتها ، فان أحكام الالتصاق هنا لا تسرى ، ويجب استبعاد هذا الفرض أصلا من نطاق تطبيقها . وأحكام السبوع هي التي تسرى في هذا الفرض ، إذ تعتبر إقامة الشريك بناء في جزء مفروز من الأرض الشائعة عملا من أعمال الإدارة غير المعتادة (٢) . فيجب تطبيق أحكام الإدارة غير المعتادة في المال الشائع .

ومقتضى تطبيق أحكام الإدارة غير المعتادة في المال الشائع أن بناء الشريك يقتضى موافقة الشركاء أصحاب ثلاثة أرباع الأرض الشائعة ويدخل فيهم الشريك الباني نفسه . أو في القليل إقرار هذه الأغلبية الخاصة لعمل الشريك الباني بعد أن يتم البناء . فاذا لم توافق هذه الأغلبية على البناء ولم تقره بعد إقامته . جاز إجبار الشريك الباني على إزالة البناء ودفع تعويض لسائر الشركاء عما عسى أن تكون إزالة هذا البناء قد ألحقت بالأرض من ضرر . أما إذا وافقت الأغلبية الخاصة على البناء قبل إقامته . أو أقرته بعد إقامته ،

(١) أنظر في تفصيل تسوية حساب البناء أو الفرائض عند انتهاء المحكم الوسيط ٦ فقرة

فإن جميع الشركاء يساهمون في تكاليف البناء كل بنسبة حصته في الأرض الشائعة (١)

١١٦ - فرض ما إذا بنى الفضولي أو الوكيل في أرض رب العمل

أو الموكل : ويقع أن يقوم فضولي بالبناء في أرض رب العمل ، ويكون هذا البناء أمراً عاجلاً فتتحقق شروط الفضالة . وفي هذه الحالة لا يعتبر الفضولي بانياً في أرض الغير . ولا تسرى أحكام الالتصاق . بل يجب استبعاد هذا الفرض أصلاً من نطاق تطبيق أحكام الالتصاق ، وتطبيق أحكام الفضالة . فيجب على رب العمل أن يرد للفضولي النفقات التي صرفها في البناء مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها ، وأن ينفذ التعمدات التي عقدها الفضولي لحسابه . وأن يعرضه عن التعمدات التي التزم بها

(١) أما في التقنين المدني السابق ، حيث لم يكن هناك نظام تشريعي لإدارة المال الشائع لإدارة معنادة وإدارة غير معنادة ، فإن محكمة النقض أشفقت على الشريك الباني من هذه النتيجة القاسية ، ولم يكن القانون يرمي له وسيلة يلجأ إليها إلا إجماع الشركاء وهو أمر متعذر ، فقضت بأن لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية في حصته الشائعة ، ولذلك فإنه إذا تمكن أحدهم من إقامة بناء على جزء من العقار المشترك فإنه لا يمد بانياً في ملك غيره . ومن ثم فإن المادة ٦٥ من القانون المدني (السابق) لا تكون منطبقة على حالته لتعلقها بحكم البناء في ملك الغير . ولا يغير من ذلك ما للشريك الآخر من حق الملكية في الشيوع في الجزء الذي حصل فيه البناء ، فإن كل ماله هو أن يطالب من أقلام البناء بقسمة العقار المملوك لهما على الشيوع ، ثم يرتب حقه على ما يظهر من نتيجة القسمة (نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة ص ٣ رقم ٢٤ ص ٥٥) . وقد سبق أن بحثنا هذه المسألة عند بحث الملكية في الشيوع ، فتحيل إلى ما قدمناه في هذا الصدد وإلى المراجع والأحكام التي أشرنا إليها (الوسيط ٨ فقرة ٥٠٢) . أما التقنين المدني السوري وقانون الملكية المقاربية اللبناني ، فقد قضى كلا منهما بوجوب انتظار القسمة ، فإن لم يخرج الجزء المبني في حصة الباني ، اعتبر بانياً في أرض غيره وهو حسن النية وتطبق عليه أحكام الالتصاق ، وهذا هو ما كانت محكمة النقض المصرية تقضى به في عهد التقنين المدني السابق فيما رأينا . وقد نصت المادة ٨٩٢ مدني سوري في هذا الصدد على أنه « إذا كانت الأنغراس والأبنية قد غرسها أو شيدها على عقار مشترك أحد الشركاء في هذا العقار بدون رخصة شركائه الآخرين ، فتجرى قسمة العقار عند الانقضاء على يد القاضي ، ثم يطبق على كل حصة من الحصص أحكام المادة ٨٨٩ (أحكام الالتصاق في حالة الباني بحسن نية) » . وانظر أيضاً في هذا المعنى المادة ٢١٩ من قانون الملكية المقاربية اللبناني . أما التقنين المدني العراقي فقد نصت المادة ١١٢٣ منه على أنه « إذا بنى أحد أصحاب الحصص لنفسه في الملك المشتري القابل للقسمة بدون إذن الآخرين ، ثم طلب الآخرون القسمة ، فتقسم . فإذا أصاب ذلك البناء حصة بانيه ملكه ، وإن أصاب حصة الآخر لمه أن يكلف الباني بالهدم » .

في أثناء قيامه بالبناء . وأن يعوضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بهذا العمل (م ١٩٥ مدني) .

وقد يوكل شخص شخصاً آخر في إدارة أعماله ، ويكون من الأعمال التي يقوم بها الوكيل تنفيذاً لوكالته إقامة بناء في أرض الموكل . فيجب هنا أيضاً عدم اعتبار الوكيل بانياً في أرض غيره ، بل يجب استبعاد هذا الفرض أصلاً من نطاق تطبيق أحكام الالتصاق . وأحكام الوكالة هي التي يجب تطبيقها في هذا الفرض . فيلزم الموكل بأن يرد للوكيل ما أنفقه في إقامة البناء مع الفوائد من وقت الاتفاق ، وإذا طلب الوكيل مبالغ للإنفاق منها في شؤون البناء وجب على الموكل أن يقدم هذه المبالغ (م ٧١٠ مدني) (١) .

§ ٦ - فروض تستثنى من أمطام الالتصاق

١١٧ - فرض ما إذا جاز الباقى بحسن نية على جزء صغير من الأرض

المبرومة - نص قانوني : تنص المادة ٩٢٨ مدني على ما يأتي :

« إذا كان ما لك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جاز بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة . جاز للمحكمة إذا رأت محلاً لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لخارجه عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وذلك في نظير تعويض عادل » (٢) .

(١) أنظر هذه المسألة في القانون الفرنسي وتردد القضاء الفرنسي : بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٨١ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠٠ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٧ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٥ - ص ٣٢٧) .

ولامتناب للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن القضاء المصري كان يجري على هذا المسار تطبيقاً لقواعد العدالة : استئناف مخطئ ٨ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٦٧ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٨ - ٥ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٠٤ - ١٨ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١١ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٦ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦٧ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٥ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٣٤ - المطاوعين ٢٧ مايو سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٢٤٩ ص ١٢٥ . ولم

ويفرض هذا النص أن أرضاً بنى عليها مالكها ، وفي أثناء البناء جاوز ، دون أن يتنبه لذلك . حدود ملكه إلى جزء صغير من الأرض الملاصقة لأرضه ، فامتد البناء إلى هذا الجزء الصغير . وقد يكون ذلك . كما هو الغالب ، لعدم ظهور الحدود وابتهاهما ما بين الجيران . وهذا فرض يدخل في نطاق أحكام الالتصاق . فالباقي قد بنى بحسن نية في هذا الجزء الصغير الملاصق لأرضه . فيكون قد بنى في ملك غيره . وكان مقتضى تطبيق أحكام الالتصاق في هذا الفرض أن يملك الجار الملاصق الجزء من البناء المقام على هذا الجزء الصغير من أرضه بالالتصاق ، وذلك بأدنى القيمتين . قيمة ما أنفقه الباقي في هذا الجزء من البناء وقيمة ما زاد في الجزء الصغير الملاصق بسبب البناء . وكلا القيمتين تافه إزاء التضحية التي يتحملها الباقي من أن يكون جزء لا يتجزأ من بنائه مملوكاً لجاره بالالتصاق . وإذا جاز للباقي وهو حسن النية أن يترع البناء من الجزء الملاصق . فإن تضحيته تكون تضحية أكبر . وإذا جاز للجار الملاصق أن يملك هذا الجزء الصغير من الأرض لصاحب البناء ، فإن هذا هو حق للجار الملاصق لا التزام عليه . ولا يستطيع الباقي أن يجبره على استعماله . والحل العادل في هذا الفرض هو جواز إجبار الجار الملاصق على أن ينزل عن ملكية هذا الجزء الصغير من أرضه المشغول بالبناء لجاره الباقي في نظير تعويض عادل . ولكن هذا الحل العادل يخالف أحكام الالتصاق كما رأينا ، ومع ذلك فقد كان القضاء المصري يجري عليه في عهد التقنين المدني السابق أخذاً بمقتضيات العدالة (١) . وكان ينقصه أن يستند إلى نص في ذلك يستثنى هذا الفرض من أحكام الالتصاق . ويجعل الحكم فيه هو هذا الحكم العادل .

وقد أوجد التقنين المدني الجديد هذا النص العادل . وهو المادة ٩٢٨

== يمكن القضاء يستند إلى نص ، فقن التقنين المدني الجديد هذا القضاء العادل .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي ٩٣٢ م (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

(١) انظر آنفاً ص ٣١٦ هامش ٢ .

مدنى سائلة الذكر (١) . ويجب لتطبيقها توافر شرطين : (١) أن يكون الباني إنما يبنى أصلاً في أرضه ، وقد جاوزها إلى جزء صغير من الأرض مملوك للجار الملاصق . (٢) أن تكون هذه المجاوزة من الباني قد وقعت بحسن نية (٢) .

فاذا توافر هذان الشرطان ، جاز للقاضي ألا يجرى أحكام الالتصاق ، وأن يستثنى هذا الفرض من هذه الأحكام . وبدلاً من أن يملك الجزء من البناء لصاحب الجزء الصغير من الأرض الملاصقة ، يملك هذا الجزء الصغير من الأرض لصاحب البناء ، وذلك في نظير تعويض عادل يقرره الخبير عند الاقتضاء (٣) . ويلاحظ أن هذا أمر جوازى للقاضي وخاضع لتقديره ،

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « واستثناء من الأحكام المتقدمة ، إذا جار الباني بحسن نية على أرض الجار ، وكان يبنى في أرضه فجاوزها إلى جزء صغير ملاصق له من أرض جاره ، وبني بناء ضخمًا لوطبقت عليه الأحكام المتقدمة لأصبح جزء من هذا البناء الضخم ملكاً للجار ، لحاز الباني أن يجبر الجار على أن يتزل له عن ملكية الجزء المشغول بالبناء في نظير تعويض عادل ... وقد جرى القضاء المصرى على هذا المبدأ دون أن يستدل نص ، فقتن المشروع هذا القضاء العادل ، ودعمه بالنص الذى ينقصه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٢) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٢ - أما إذا كان الباني قد بنى بسوء نية بأن كان متنبهاً لمجاوزته حدود أرضه ، وبخاصة إذا نهبه الجار إلى ذلك فلم يأنه لهذا التنبه ، فانه يجب تطبيق أحكام الالتصاق المتعلقة بالباني سميئة . ويكون للجار الملاصق طلب إزالة البناء الذى يشغل أرضه ، أو تملكه بأدنى القيمتين ، قيمته مستحق المدم أو قيمة ما زاد في أرضه بسبب هذا البناء (نقض فرنسى ٢٦ يولييه سنة ١٨٤٢ دالوز ٤٢ - ١ - ٣٠٦ محمد على عرق ٢ فقرة ٥٥ ص ٤٠٠) .

(٣) ويعتد في هذا التعويض ، لافسب بقيمة الجزء من الأرض المشغول بالبناء ، بل أيضاً بما أصاب صاحب الأرض الملاصقة من انضرار بسبب حرمانه من هذا الجزء (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٦٣ ص ٣٨٣) .

ولما كان هذا الحكم حكماً استثنائياً ، فانه لا يجوز التوسع في تفسيره ، ويترتب على ذلك ماينبئ : (أ) لا يجوز تملك الباني إلا الجزء الصغير الملاصق للبناء والمشغول به دون زيادة . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بعدم الاقتصار على تملك هذا الجزء من الأرض الذى يشغله البناء ، بل يمتد التملك مسافة متر حول البناء من الخط الخارجى لكل مغل مفتوح في البناء حتى يتفادى الباني الحكم بد المطل (استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١١) . وهذا الحكم متقدم ، حتى في عهد التقنين المدنى الجديد الذى أوجد السند التشريعى للمسألة التى نحن بصدها ولم يكن هذا السند موجوداً في التقنين المدنى السابق الذى صدر في عهده =

فاذا رأى من ظروف القضية ومن حسن نية الباني ومن صغر الجزء من الأرض الملاصقة المشغول بالبناء ما يشفع في الأخذ بهذا الحكم الذي يخرج فيه على أحكام الالتصاق ، جاز له أن يستثنى هذا الفرض ، وبدلاً من أن يخضعه لأحكام الالتصاق يخضعه لهذا الحكم العادل (١) .

١١٨ - المنشآت الصغيرة المقامة على أرض الغير على سبيل

الدوام - نص قانوني : : تنص المادة ٩٢٩ مدني على ما يأتي :

« المنشآت الصغيرة ، كالأكشاك والخوانيت والمآوى التي تقام على أرض الغير دون أن يكون مقصوداً بقاءها على الدوام ، تكون ملكاً لمن أقامها » (٢) .

وهذا استثناء آخر من أحكام الالتصاق ، لقتبس من المادة ٦٧٧ مدني سويسري . فان الأصل أن المنشآت ، كبيرة كانت أو صغيرة ، متى اندمجت

— هذا الحكم . ويكتفى بتعليك الباني الجزء المشغول بالبناء على خلاف القواعد العامة في الالتصاق ، ولا نسوق لإبقاء المثل مفتوحاً على ملك الجار بل يجب سده (أنظر في هذا المعنى محمد علي عرفة ٢ فقرة ٥٥ ص ١٠١ خامس ١) . (ب) لا يجوز الحكم بتقسيط أو تأجيل الترميض المستحق في ذمة الباني لصاحب الجزء الملاصق ، فان هذا تيسير مقصور على الحالات الواردة في نصوص خاصة (م ٩٢٤-٩٢٦ مدني) ، وليست هذه الحالة المنصوص عليها في المادة ٩٢٧ مدني من بينها .

(١) أنظر هذه المسألة في القانون الفرنسي واضطراب القضاء فيها لانعدام النص :
نقض فرنسي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٢ سيريه ١٩١٣ - ١ - ٢٩٨ - ٢ مارس سنة ١٩٢٥
سيريه ١٩٢٥ - ١ - ٢٠٢ - بودري وشوفو فقرة ٣٧٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧٤ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٩٧٨ - مارك ورينو فقرة ١٣٤ مكررة
ص ١٤٩ - ص ١٥٠ - أنسيكلوبيدي دالورز ١ لفظ construction فقرة ٨٤ - فقرة ٨٨ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٧ - ص ٣٢٨) .

ولا مقابل لهذا النص في التفتين المدنى السابق .

ويقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدنى السوري لا مقابل .

التفتين المدنى البحرى م ٩٣٣ (مطابق) .

التفتين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية الباني لا مقابل .

في الأرض ، تملكها صاحب الأرض بالاتصاق على التفصيل الذي قدمناه . ولكن القانون استثنى في هذا الفرض المنشآت الصغيرة التي تقام مؤقتا على أرض الغير ، دون أن يقصد بقاؤها فيها على الدوام ، وذلك كالأكشاك الخشبية والدكاكين الصغيرة والعشش والاستراحات الموقفة وأكشاك الاستحمام التي لها أساس ثابت في الأرض وغير ذلك من المآوى . فهذه ليست فحسب منشآت صغيرة ، بل هي أيضا منشآت موقفة لم يقمها صاحبها على أرض الغير على سبيل الدوام . وكان مقتضى تطبيق أحكام الاتصاق أن صاحب الأرض يملكها بالاتصاق ، على أن يدفع تعويضا لأصحابها يختلف باختلاف الأحوال .

ولكن استثناء من أحكام الاتصاق ، ونظرا لصغر قيمة هذه المنشآت وبالأخص لأنها منشآت موقفة لم يقصد من إقامتها أن تبقى على سبيل الدوام ، قضت المادة ٩٢٩ مدني سالفة الذكر بأن صاحب الأرض لا يملكها بالاتصاق . بل تبقى ملكا لمن أقامها . ويستوى في ذلك أن يكون من أقام هذه المنشآت حسن النية يعتقد أن له الحق في إقامتها في أرض الغير ، أو كان سعى النية يعلم أن الأرض مملوكة للغير والأحق له في إقامة المنشآت عليها .

ويترتب على ذلك أن صاحب هذه المنشآت يستطيع نزعها من الأرض حتى لو كان سعى النية ، بشرط أن بعيد الأرض إلى أصلها وأن يعرض صاحب الأرض عما عسى أن يكون قد أصابه من الضرر . ويترتب على ذلك أيضا أن صاحب الأرض يستطيع أن يطلب إزالتها حتى لو كان صاحبها حسن النية (١) ، ما دام لم يتفق معه على إقامتها أو لم يحدد الاتفاق مصير المنشآت .

وتبقى المنشآت قائمة على الأرض ومملوكة لمن أقامها . حتى ينزعها هذا الأخير أو يطلب إزالتها صاحب الأرض . وذلك ما لم يتفق صاحب الأرض وصاحب المنشآت على أمر آخر . كأن يتفقا على أن تبقى المنشآت في الأرض لمدة معينة في نظير أجره عن الأرض يدفعها صاحب المنشآت .

(١) مع التعويض إن توافرت شروط المسئولية الضمنية ، وثبت خطأ في جاسء صاحب المنشآت .

أو يتفقاً على تملك صاحب الأرض للمنشآت أو صاحب المنشآت للأرض في نظير مبلغ معين . أو يتفقاً على أى أمر آخر (١) .

المطلب الثالث

الصورة الثالثة - الباني بنى في أرض غيره وبأدوات غيره

١١٩ - نص قانوني : تنص المادة ٩٣٠ مدني على ما يأتي :

« إذا أقام أجنبي منشآت بمواد مملوكة لغيره ، فليس للمالك المواد أن يطلب استردادها . وإنما يكون له أن يرجع بالتعويض على هذا الأجنبي ، كما له أن يرجع على مالك الأرض بما لا يزيد على ما هو باق في ذمته من قيمة تلك المنشآت » (٢) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني الوطني السابق المادة ٦٦ (٣) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

م ٨٩١ . وفي التقنين المدني الليبي م ٩٣٤ - وفي التقنين العراقي م ١١٢٢ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢١٨ (٤) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « ولا تنطبق الأحكام المتقدمة (أحكام الالتصاق) على الأكشاك والحوانيت والمآوى التي تقام على أرض الغير ولم يكن مقصوداً ببنائها على الدوام ، فهذه لا تملك بالالتصاق بل تبقى ملكاً لمن أقامها ، ويكلف هذا إذا كان معتدياً بالإزالة والتعويض (م ١٣٦٤ من المشروع وهي مأخوذة من المادة ٦٧٧ من التقنين السوري) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص (٣٣٢) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣٠ (مجموعة الأعمال ٦ ص ٣٢٩ - ص ٣٣٣) .

(٣) التقنين المدني الوطني السابق م ٦٦ : إذا حصل البناء أو الفراس أو غير ذلك

من شخص في أرض غيره بمهمات وأدوات كانت ملكاً لغيره أيضاً ، فلا يجوز لصاحب المهمات والأدوات المذكورة أن يطلب ردها إليه ، بل له الحق في أخذ تعويض من ذلك الفارس أو الباني ، أو من صاحب الأرض على قدر ما يكون مطلوباً .
(وأحكام التقنين المدني السابق تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

(٤) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٩١ (موافق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٣٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٢٢ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢١٨ (موافق) .

وهذه هي الصورة الثالثة من صور الالتصاق الصناعي ، وفيها يقيم الباني منشآت في أرض غيره بمواد مملوكة لشخص ثالث . فيكون أمامنا أشخاص ثلاثة : صاحب المواد التي أقام بها الباني المنشآت ، والباني الذي أقام المنشآت ، وصاحب الأرض التي أقيمت فيها المنشآت . وعلينا إذن أن نحدد : (١) علاقة صاحب المواد بالباني . (٢) علاقة صاحب المواد بصاحب الأرض . (٣) علاقة الباني بصاحب الأرض .

١٢٠ - **عموم صاحب المواد بالباني** : لما كانت المواد منقولا ، فمن الجائز أن يكون الباني قد حازها بحسن نية وبسبب صحيح ، فيكون قد تملكها بالحيازة . فإذا أقام بها منشآت في أرض غيره ، يكون قد أقام هذه المنشآت بمواد مملوكة له في أرض الغير . ولا رجوع لصاحب المواد السابق عليه بشيء ، وتكون العلاقة بينه وبين صاحب الأرض محكومة بالقواعد التي فصلناها في الصورة الثانية من صور الالتصاق الصناعي في المطلب السابق .

أما إذا كان الباني لم يملك المواد بالحيازة ، بل أقام بها المنشآت وهي غير مملوكة له ، فقد يكون باني في أرض غيره (١) وهو سيء النية فأجبر على نزاعها من الأرض ، أو باني وهو حسن النية واختار هو أن يتزعها من الأرض . وفي الحالتين ، ما دامت المواد قد نزلت من الأرض ولم يملكها صاحب الأرض بالالتصاق ، فانه يبدو أن صاحب المواد يستطيع استردادها من الباني ما دامت قد احتفظت بذاتيها ، لأن صاحب الأرض لم يملكها بالالتصاق ولم تنتقل ملكيتها إلى الباني بسبب من أسباب انتقال الملك بقيت على ملك صاحبها . ويكون أيضا لهذا الأخير أن يرجع على الباني بالتعويض إن كان قد أصابه ضرر (٢) .

(١) أما إذا كان الباني قد بني بمواد غيره في أرض هذا الغير بالذات ، فالأمر واضح . ذلك أن المواد والأرض مملوكة لشخص واحد ، فيمتلك هذا الشخص المنشآت التي أقيمت في أرضه بمواد مملوكة له دون حاجة إلى الاستناد إلى قواعد الالتصاق ، ويرجع عليه الباني بدعوى الإثراء بلا سبب .

(٢) شفيق شحاتة فقرة ٢٣٩ - ص ٢٥٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٦٤ - إسماعيل غانم ص ٦٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٠ .

وإذا كان صاحب الأرض قد تملك المواد بالاتصاق ، فإن لصاحب المواد أن يرجع على الباني بالتعويض لأنه قد تسبب في أن تضع عليه ملكية مواده . فيرجع بقيمة هذه المواد وقت إقامة المنشآت بها . وبالتعويض عما قد يكون أصابه من ضرر بسبب فقده للملكية المواد .

١٢١ - عمود صاحب المواد بصاحب الأرض : إذا تملك صاحب

الأرض المواد بالاتصاق ، فإن ملكية هذه المواد تنتقل من صاحبها إلى صاحب الأرض بسبب من أسباب كسب الملكية هو هذا الاتصاق بالذات . وليس صاحب الأرض في الأصل مسئولاً نحو صاحب المواد، وإنما هو مسئول نحو الباني بالتعويض الذي فصلناه فيما تقدم . ولما كان صاحب الأرض مدينا للباني ، وكان الباني مدينا بدوره لصاحب المواد على الوجه الذي أسلفناه (١) ، فإنه يجوز لصاحب المواد أن يرجع على صاحب الأرض بالدعوى غير المباشرة باعتباره دائناً لدائنه .

ولكن القانون أعطى لصاحب المواد فوق ذلك دعوى مباشرة على صاحب الأرض ، إذ تقول العبارة الأخيرة من المادة ٩٣٠ مدني كما رأينا : « كما له (لصاحب المواد) أن يرجع على مالك الأرض بما لا يزيد على ما هو باق في ذمته من قيمة هذه المنشآت » . ذلك أن الباني إذا كان قد بنى وهو سيء النية ولم يطلب صاحب الأرض الإزالة . فعلى صاحب الأرض أن يدفع للباني أدنى القيمتين . قيمة المنشآت مستحقة الإزالة وقيمة ما زاد في الأرض بسبب المنشآت . وإذا كان الباني قد بنى وهو حسن النية . ولم يطلب نزع المنشآت من الأرض . فعلى صاحب الأرض أن يدفع للباني أدنى القيمتين ، قيمة المواد مع أجر العمل وقيمة ما زاد في الأرض بسبب المنشآت . ونرى من ذلك أن صاحب الأرض ، في الحالتين ، إذا تملك المنشآت بالاتصاق ، عليه أن يدفع تعويضاً للباني بمقدار حدده القانون على النحو سالف الذكر . وعلى صاحب الأرض أن يدفع هذا التعويض للباني ، فإذا دفعه كله أو بعضه دون أن يعلم بحق صاحب المواد قبل الباني ، فقد

(١) انظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

برئت ذمته من هذا التعويض بمقدار ما دفع . أما إذا أنذر صاحب المواد صاحب الأرض بماله من حق التعويض في ذمة الباني على النحو الذي قدمناه (١)، فإنه يجب على صاحب الأرض أن يستيق في يده التعويض المستحق للباني قبله أو الباقي من هذا التعويض . ويكون لصاحب المواد الحق في الرجوع على صاحب الأرض بدعوى مباشرة ، بالتعويض المستحق له قبل الباني في حدود التعويض المستحق للباني قبل صاحب الأرض أو بما هو باق في ذمته من هذا التعويض . فإذا دفع صاحب الأرض للباني التعويض المستحق له بالرغم من الإنذار الموجه إليه من صاحب المواد ، لم يسر هذا الدفع في حق صاحب المواد وكان لهذا الأخير أن يرجع على صاحب الأرض بما هو مستحق له في حدود الباقي في ذمة صاحب الأرض للباني وقت الإنذار . ولصاحب الأرض أن يرجع على الباني بما أجبر على دفعه لصاحب المواد على النحو المتقدم الذكر .

ويبرر إعطاء القانون لصاحب المواد هذه الدعوى المباشرة على صاحب الأرض أن المنفعة التي قدمها صاحب المواد بمواده كانت هي السبب في حق التعويض الذي وجد في ذمة صاحب الأرض للباني . وتقوم الدعوى المباشرة على نص صريح ، يرجع إلى أن الدائن الذي ثبتت له دعوى مباشرة ضد مدين مدينه هو شخص قد أوجد لمدينه حقا في ذمة مدين المدين ، بسبب منفعة قدمها أو بسبب خسارة تحملها (٢) . وهنا توجد منفعة قدمها صاحب المواد كما سبق القول ، كما يوجد النص الصريح في العبارة الأخيرة من المادة ٩٣٠ ملحق سالف الذكر .

١٢٢ - عمرة الباني بصاحب الأرضه : أما علاقة الباني بصاحب

الأرض فواضحة مما قدمناه في الصورة الثانية من صور الالتصاق الصناعي . فالباني إما أن يكون سىء النية ، أو حسن النية . فان كان سىء النية ، كان لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة وإعادة الأرض إلى أصلها مع التعويض . وعند ما يزيل الباني المواد من الأرض ،

(١) أنظر آتفاً فقرة ١٢٠ .

(٢) أنظر الوسيط ٢ فقرة ٥٦٢ - فقرة ٥٦٣ .

يجوز كما قلنا (١) أن يتردها صاحبها منه . وإذا لم يطلب صاحب الأرض الإزالة ، تملك المنشآت بالاتصاق . ووجب عليه أن يدفع للباني أدنى القيمتين . قيمة المنشآت مستحقة الإزالة وقيمة ما زاد في الأرض بسبب المنشآت . وفي حدود هذا التعويض يستطيع صاحب المواد أن يرجع بدعوى مباشرة على صاحب الأرض لتقاضى ما يستحقه من التعويض قبل الباني (٢)

وإن كان الباني حسن النية . كان له أن يتزع المواد من الأرض مع إعادة الأرض إلى أصلها . وعندما يتزع الباني المواد من الأرض ، يجوز هنا أيضا كما قلنا (٣) أن يتردها صاحبها منه . وإذا لم يتزع الباني المواد من الأرض ، تملك صاحب الأرض المنشآت بالاتصاق : على أن يدفع للباني أدنى القيمتين ، قيمة المواد مع أجر العمل وقيمة ما زاد في الأرض بسبب المنشآت . وهنا أيضا يستطيع صاحب المواد أن يرجع في حدود هذا التعويض بدعوى مباشرة على صاحب الأرض . لتقاضى ما يستحقه من التعويض قبل الباني (٤) . ويلاحظ أخيرا أنه إذا كان التزام صاحب الأرض بتعويض الباني على النحو سالف الذكر مرهقا له ، كان له أن يملك الأرض للباني في نظير تعويض عادل طبقا للقواعد المقررة في هذا الشأن (٥) .

المبحث الثالث

التصاق المنقول بالمنقول

١٢٣ - نص قانونى : تنص المادة ٩٣١ مدنى على ما يأتى :

« إذا التصق منتولان للمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ، ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين . قضت المحكمة في الأمر مسترشدة

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٢١ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ١٢١ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ١٠٤ .

بقواعد العدالة ، ومراعية في ذلك الضرر الذي حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما (١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٩٢/٦٧ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٩٣ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٣٥ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٢٥ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٣) .

وهذه هي الحالة الثالثة من أحوال الالتصاق . ففي الحالتين الأولتين كان الالتصاق بعقار ، وكان إما التصاقاً طبيعياً في الحالة الأولى ، أو التصاقاً صناعياً في الحالة الثانية . أما في هذه الحالة الثالثة ، فالالتصاق هو التصاق منقول بمنقول ، وهو قليل الوقوع في العمل ، وإذا وقع فاهميته محدودة . ولذلك لم يفرد له التقنين المدني إلا نصاً واحداً وكل فيه الأمر للقاضي : وقد اقتضى في ذلك أثر التقنين المدني السابق . ويستوى في هذا الالتصاق

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠٣ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٠٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٩ - ص ٣٣٥) .

(٢) التقنين المدني السابق ٩٢/٦٧ : إذا اختلط أو التصق شيئان من المنقولات كل واحد منهما مملوك لشخص بحيث لا يمكن تفريق أحدهما عن الآخر بدون حصول تلف لهما ، فللمحاكم أن تنظر في ذلك بمقتضى أصول العدالة ، مع مراعاة الضرر الذي يحدث ومراعاة أحوال المالكين واعتقاد كل منهما عند الاختلاط أو الالتصاق . (والتقنين المدني السابق يتفق مع التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٩٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٣٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٢٥ : إذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث

لا يمكن فصلهما دون تلف أو فسخ فاحشة ، ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين ، وكان الالتصاق قضاء وقدر ، تملك صاحب المنقول الأكثر قيمة المنقول الآخر بقيمته . (ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أن التقنين العراقي يشترط أن يكون الالتصاق قضاء وقدر ، ويقضى حتماً بأن يملك صاحب المنقول الأكبر قيمة المنقول الآخر بقيمته) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

أن يكون قد وقع عمداً أو بقوة قاهرة ، كما يستوى أن يكون أحداً للمالكين أو كلاهما حسن النية أو سوء النية . والمهم أن تتوافر شروط التصاق المنقول بالمنقول ، فإذا ما توافرت ترتب على ذلك أحكام مرددها جميعاً إلى تقدير القاضي .

١٢٤- شروط التصادق المنقول بالمنقول : يجب توافر شروط أربعة :

أولاً - أن يتم الالتصاق بين منقول ومنقول . أما إذا تم التصاق منقول بعقار ، فقد ميزنا فيما تقدم بين الالتصاق الطبيعي والالتصاق الصناعي ، واستعرضنا صور كل من هاتين الحالتين ، وبسطنا الأحكام المتعلقة بكل من هذه الصور .

ثانياً - أن يكون المنقولان مملوكين للمالكين مختلفين . أما إذا اتحد المالك ، فلا يكون هناك مجال لإعمال أحكام الالتصاق ، إذ يكون المنقولان المتصقان في حالتهما الجديدة مملوكين لنفس المالك الواحد الذي كان يملك كلا منهما .

ثالثاً - أن يندمج المنقولان أحدهما في الآخر بحيث لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر دون تلف يصيب أحدهما أو كليهما . وهذا هو الذي يبرر إعمال قواعد الالتصاق ، لأن المنقولين يصبحان على هذا النحو منقولاً واحداً ، فلا بد من تعيين أى من المالكين المختلفين يكون هو المالك لهذا المنقول الجديد . أما إذا أمكن الفصل ، فلا يكون هناك حاجة لإعمال قواعد الالتصاق ، ووجب فصل المنقولين أحدهما عن الآخر وإعطاء كل منقول لصاحبه .

رابعاً - ألا يكون هناك اتفاق سابق بين المالكين المختلفين في شأن مصير المنقولين بعد الالتصاق . وهذا شرط جوهرى ، وقد رأينا نظيره في الالتصاق الصناعي بعقار في صورة الثلاث (١) . ذلك أنه إذا وجد اتفاق سابق ، كعقد استئجار مثلاً ، فهذا الاتفاق هو الذى يسرى ، ولا تسرى أحكام الالتصاق . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « إلا أن المشروع نبه إلى أمر هام ، هو ألا يكون هناك اتفاق بين المالكين للمنقولين المتصقين . وهذا القيد هو الذى يمنع من تطبيق الحكم في العلاقة

ما بين المستصنع والصانع . فإن الصانع وإن كان يخلط مواد مملوكة له بمواد مملوكة للمستصنع ، يخضع للاتفاق المعقود بينه وبين المستصنع . وهو عقد الاستصناع ، (١) .

١٢٥- **املاص المنقول بالمنقول** : نستبعد أولا من نطاق هذه الأحكام القرض الذى فيه يملك أحد المالكين المختلفين المنقول الآخر بالحيازة إذا كان حسن النية ، فيتحد المالك فى هذا القرض . ولا تعود شروط الاتصاق ومنها اختلاف المالك متوافرة .

ويبقى إذن القرض الذى فيه يلتصق المنقولان وهما وقت الاتصاق مملوكان للمالكين مختلفين ، لأن أحدا منهما لم يملك المنقول الآخر بالحيازة . وقد أطلت التقنين المدنى الفرنسى فى تفريع أحكام هذه الحالة من الاتصاق ، حتى أنه خصص لهذه المسألة المحدودة الأهمية والنادرة الوقوع ثلاث عشرة مادة (م ٥٦٥ - ٥٧٧ مدنى فرنسى) ، مقتنيا فى ذلك أثر القانون الرومانى الذى كان يعبر المسألة أهمية كبيرة نظرا لأن قاعدة تملك المنقول بالحيازة لم تكن معروفة عنده ، وهذه القاعدة تحول إلى حد بعيد دون تطبيق أحكام الاتصاق كما سبق القول .

أما التقنين المدنى المصرى . القديم والجديد . فلم يعبر المسألة هذه الأهمية الكبيرة ، واكتفى كما قدمنا بنص واحد وكل فيه الأمر للقاضى : بعد أن وضع له توجيهات عامة يسترشد بها .

وأول هذه التوجيهات هو أن يحكم القاضى مسترشدا بقواعد العتالة . فقد يخلط منقولان مختلفا القيمة أحدهما بالآخر ، فقواعد العتالة تقضى بأن يملك صاحب الشئ الأكبر قيمة الشئ الأقل قيمة على أن يدفع قيمة هذا الشئ لصاحبه ، أو أن يملك صاحب الشئ الأصلى الشئ التابع على أن يدفع لصاحبه قيمته . فإذا امتزج السمن بالعسل أو المشروبات الروحية بالماء أو بالصودا ، فظاهر أن صاحب السمن أو صاحب المشروبات الروحية ، وهو مالك الشئ الأكبر قيمة ، يملك العسل أو الماء أو الصودا ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٥ - وانظر بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة

على أن يدفع قيمة هذه الأشياء لأصحابها . وإذا اندجعت قطعة « غيار » في « ماكينة » السيارة . فظاهر أن مالك السيارة . وهو مالك الشيء الأصل . يملك قطعة الغيار وهي شيء تابع على أن يدفع قيمتها لصاحبها .

ومن هذه التوجيهات أيضا أن يراعى القاضى الضرر الذى حدث . فأى المالكين يصيبه ضرر أكبر بفقد ملكية منقوله هو الذى يستبقى ملكية هذا المنقول . ويملك المنقول الآخر . فإذا خلط شخص قمحا مملوكا له بقمح مملوك لشخص آخر : فأى المالكين يكون أحوج إلى القمح المخلوط يملك قمح الشخص الآخر على أن يدفع له تعويضا عنه .

ومن هذه التوجيهات كذلك أن يراعى القاضى حالة كل من الطرفين من حيث القدرة المالية . فأى المالكين أقوى قدرة على تعويض الطرف الآخر هو الذى يملك المنقولين بعد التصاقهما ، على أن يدفع للطرف الآخر التعويض المستحق له .

ومن هذه التوجيهات أخيرا أن يراعى القاضى حسن نية كل من الطرفين . فأى منهما كان حسن النية . وكان قادرا على تعويض الطرف الآخر ، هو الذى يملك المنقولين بعد التصاقهما ، على أن يدفع للطرف الآخر التعويض المستحق له . وقد يجعل القاضى المنقولين ملكا للمالك من النية الذى تعدد خلط أحدهما بالآخر . إذا كان من شأن هذا الخلط أن ينقص من قيمتهما . ويوجب عليه تعويض المالك حسن النية عن منقوله بقيمته كاملة قبل أن تنتقص بالخلط . وقد يرى القاضى أن العدالة تقضى بتعليك صاحب الشيء غير الأصلى الشيء الأصل . نظرا لسوء نية صاحب هذا الشيء الأخير .

وقد لا يرى القاضى مرجحا لجعل الملكية لأحدهم المالكين . فيجعل المنقول الذى نتج من التصاق المنقولين أحدهما بالآخر مملوكا على الشيوع لهما معا . كل بنسبة قيمة المنقول الذى كان يملكه . فى القمح المخلوط : قد يرى القاضى أن يجعله شركة بين المالكين بالنسبة التى تقدم ذكرها . وقد يرى أن يباع : ويقسم ثمنه بينهما بنفس النسبة .

ويعز القانون الفرنسى فى هذا الصدد بين الضم (adjonction) .
والخلط أو المزج (mélange ou confusion) ، والتحويل (spécification) .
فالضم اتحاد متقولين مع إمكان تمييز كل منهما عن الآخر ، فيملك صاحب
المتقول الأصل أو المتقول الأكبر قيمة المتقولين معاً . على أن يعرض صاحب
المتقول الآخر . فوضع قطعة من الماس (solitaire) فى خاتم من ذهب
يجعل صاحب الماس هو المالك على أن يعرض صاحب الذهب ، وذلك
بشرط أن يكون من المتعذر فصل المتقولين أحدهما عن الآخر دون تلف .
والخلط أو المزج هو خلط متقولين أحدهما بالآخر بحيث لا يمكن تمييز
أى منهما ، كخلط غلال مملوكة لشخص بغلال مملوكة لشخص آخر ،
أو مزج نبيذين مملوكين للمالكين مختلفين . والأصل أن يكون المتقول الجديد
مملوكاً على الشروع للمالكين معاً ، فيباع ويقسم ثمنه عليها كل بنسبة قيمة
المتقول الذى كان يملكه . ولكن إذا كان أحد المتقولين أكبر قيمة من
الآخر ، ملك صاحبه المتقول الجديد ، وعرض صاحب المتقول الآخر .
والتحويل هو صنع شخص لشيء جديد من مادة مملوكة لآخر ، فصاحب
المادة هو الذى يملك فى الأصل الشيء الجديد على أن يعرض الشخص الآخر
النفقات التى تكلفها وأجر عمله . ويشترط فى ذلك أن تكون قيمة المادة
أكبر من قيمة العمل . فن خاط قماشاً أو صنع طقمًا من « الأوبيسون » .
كان عمله فى الغالب أقل قيمة من القماش الذى خاطه أو « الأوبيسون »
الذى صنع منه طقمًا . فيملك صاحب القماش أو صاحب « الأوبيسون »
القماش بعد خياطته أو « الأوبيسون » بعد صناعته طقمًا ، على أن يعرض
الصانع عن عمله . أما إذا كانت قيمة العمل أكبر من قيمة المادة ، فإن
الصانع يملك الشيء المصنوع . على أن يعرض صاحب المادة . فن صنع ثمنالا
من رخام أو نبيذاً من عنب ، ملك التمثال أو النبيذ . وعرض صاحب الرخام أو
العنب . ويشترط فى كل ذلك بداهة ألا يكون هناك اتفاق سابق بين المالكين ؛
فإن وجد اتفاق كعقد استصناع فإن الاتفاق هو الذى يسرى كما سبق القول .
وهذه الأحكام لا يوجد ما يمنع من تطبيقها فى مصر ، إذا وجد القاضى
أنها تتفق مع قواعد العدالة التى يجب أن يسر شديداً فى هذا الصدد كما قدمنا .

الفصل الثاني

العقد

(Contrat)

١٢٦ — كسب الملكية بالعقر — نص قانوني : تنص المادة ٩٣٢ منقذ على ما يأتي :

« تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية : في المنقول والعقار ، بالعقد متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة ٢٠٤ ، وذلك مع مراعاة النصوص الآتية » (١) .

ويخلص من هذا النص أن الملكية . في المنقول والعقار على السواء . تنتقل بالعقد : على أن يرد العقد على عين معينة بالذات مملوكة للمتصرف .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدف الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠٤ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٠١ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٧ - ص ٣٣٨) .
ويقابل النص في التقنين المدف السابق م ٦٧/٤٥ : تنتقل الملكية في الأموال : منقولة كانت أو ثابتة ، بمجرد حصول العقد المتضمن التملك ، متى كان المال مملوكاً للمالك .
(والتقنين المدف السابق يتفق مع التقنين المدف الجديد) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدف السورى م ٨٩٤ (مطابق فيما يتعلق بالمنقول فقط) .

التقنين المدف الليبى ٩٣٦م (مطابق) .

التقنين المدف العراقى م ١١٢٦ : ١ - تنتقل الملكية بالعقد في المنقول والعقار .

٢ - والعقد الناقل للملكية عقار لا ينقذ إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً . (ويوجد في القانون العراقى نظام السجل العيني « الطابو » ، فلكية العقار لا تنتقل إلا بتسجيل العقد في الطابو) .

قانون الملكية العقارية الليبانى لامقابل : ويوجد في القانون الليبانى أيضاً . كما يوجد في القانون السورى ، نظام السجل العيني (السجل العقارى) . أنظر فيما يتعلق بنقل ملكية العقار في القانون الليبانى وضرورة القيد في دفتر الملكية (السجل العقارى) المادتين ١٠ و ١١ من القرار رقم ١٨٨ المؤرخ في ١٥ آذار سنة ١٩٢٦ بشأن إنشاء السجل العقارى .

ونقل الملكية في المنقول بالمقد ظاهر . وإذا كانت الملكية في العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل : فان معنى ذلك أن الملكية لا تنتقل إلا إذا تمت إجراءات التسجيل . ولكن الذي ينقل الملكية ، حتى في العقار ، هو العقد لا التسجيل . ذلك أن التسجيل لا ينقل بذاته الملكية إلا في نظام السجل العيني ، وهذا النظام لا يزال غير معمول به حتى اليوم وإن كان قد صدر به قانون كما سيجيء . وحتى لو قلنا مع الرأي الراجح إن الملكية في العقار لا تنتقل فيما بين المتعاقدين إلا من وقت التسجيل ، فان ذلك لا يمنع من أن الذي نقل الملكية هو العقد ، ولكن يترأخى أثره في نقل الملكية إلى وقت التسجيل (١) . والصحيح في نظرنا أن العقد المسجل ينقل الملكية في العقار فيما بين المتعاقدين منذ انعقاده لا من وقت التسجيل ، ولا ينفذ نقل الملكية في حق الغير إلا من وقت التسجيل . وقد بسطنا رأينا هذا في تفصيل واف عند الكلام في البيع (٢) .

ويجمل النص في انتقال الملكية بالعقد إلى المادة ٢٠٤ مدني ، وهي تنص على أن : الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينتقل من تلقاء نفسه هذا الحق : إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل . فنقل الملكية إذن يسبقه التزام بنقل الملكية ، وهذا الالتزام يتم تنفيذه من تلقاء نفسه مع مراعاة التسجيل في العقار ، فننتقل الملكية عن طريق تنفيذ هذا الالتزام (٣) . وليس كل عقد يكسب الملكية أو يكشف عن كسبها . والعقود المسماة المكسبة للملكية هي البيع والمقايضة والمبة والشركة والقرض ، وأهم هذه العقود جميعاً هو عقد البيع . والعقود المسماة التي تكشف عن كسب الملكية هي الصلح والقسمة .

(١) قارن محمد علي مرة ٢ فقرة ١٦٣ .

(٢) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٠ - فقرة ٢٨٦ .

(٣) أنظر الوسيط ٢ فقرة ٤١٦ - وأنظر في التطور التاريخي لبيع كمقدنقل للملكية ، وفي أنه لم يكن في القانون الروماني يرتب في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية : الوسيط ٤ فقرة ٢٢٩ - فقرة ٢٣٢ - وأنظر أيضاً في تحليل معنى نقل الملكية ، وفي أنه يجب التمييز الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية فعلاً : الوسيط ٤ فقرة ٢٣٣ - فقرة ٢٣٩ - وفي الاتفاق على تأجيل نقل الملكية حتى استيفاء الثمن : الوسيط ٤ فقرة ٩٠ - فقرة ٩٤ .

١٢٧ - كسب الملكية بالعقد في المنقول - نص قانوني : فإذا كان الشيء الذي يرد عليه العقد منقولاً ، وجب التمييز بين الشيء المعين بالذات والشيء الذي لم يعين إلا بنوعه .

في الشيء المعين بالذات ، يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية المتولد من العقد بمجرد نشوء هذا الالتزام . فإذا باع شخص سيارة معينة بالذات لشخص آخر ، كان ملتزماً بنقل ملكية السيارة إلى المشتري ، ومتى نشأ هذا الالتزام في ذمته ثم تنفيذه بمجرد نشوئه . فتنقل ملكية السيارة فعلاً إلى المشتري ، وذلك دون حاجة إلى أي إجراء آخر من تسليم أو نحوه (١) .

وفي الشيء المعين بنوعه ، تنص المادة ٩٣٣ مدني على ما يأتي :
« المنقول الذي لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بافرازه طبقاً للمادة ٢٠٥ » (٢) .

والمادة ٢٠٥ مدني التي تشير إليها المادة ٩٣٣ مدني سألقة الذكر تنص على أنه « ١ - إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه ،

(١) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٢ فقرة ٤١٧ و ٤ فقرة ٤٤١ - فقرة ٢٤٤ . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « تنتقل الملكية بالعقد في المنقول المعين بالذات ، ولا حاجة للتسليم . فلو باع شخص سيارة معينة بالذات إلى آخر ، انتقلت ملكيتها إلى المشتري قبل التسليم . ولو باعها مرة ثانية إلى مشتري آخر ، كانت الملكية للمشتري الأول ، ولكن لو سلمها البائع للمشتري الثاني انتقلت الملكية من المشتري الأول إلى المشتري الثاني بالحيازة لا بالعقد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤١) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابقتين استقر عليه في التفتين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠٥ في المشروع التامى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٠٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٨ - ص ٣٣٩) .

ويقابل النص في التفتين المدنى السابق م ٢٣٨/٢٦٨ : لا تنتقل ملكية المبيع المعين بنوعه فقط إلا بالتسليم للمشتري . (والتفتين المدنى السابق يجعل انتقال الملكية بالتسليم ، والصحيح أن انتقال الملكية يكون بالإفراز ، وإن كان الإفراز يتم عادة عند التسليم) .

ويقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدنى السوري م ٨٩٥ (مطابق) .

التفتين المدنى الليبي م ٩٣٧ (مطابق) .

التفتين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

فلا يفضل الحق إلا بإفراز هذا الشيء . ٢ - فإذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه . جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين . بعد استئذان القاضي ، أو دون استئلانه في حالة الاستعجال . كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء ، من غير إخلال في الحالتين بحقه في التصويض . فيتم انتقال الملكية في المنقول الذي لم يعين إلا بنوعه بالإفراز . ولو قبل التسليم . فلو أن شخصاً باع إلى شخص آخر عشرين أردباً من القمح . لم تنتقل الملكية إلى المشتري بمجرد البيع . ويجب إفراز كمية من القمح معادلة للمقدار المحدد في عقد البيع بقصد تسليمها إلى المشتري . ومن ثم يصبح المبيع شيئاً معيناً بالذات ، فتفضل ملكيته بالإفراز دون حاجة إلى التسليم (١) .

١٢٨- كسب الملكية بالعقد في العقار - وجوب الشهر - نص قانوني

تنص المادة ٩٣٤ ملغى على ما يأتي :

١ - في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى . سواء أكان ذلك فيها بين المتعاقدين أم كان في حق الغير . إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري .

٢ - وبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب شهرها . سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة . ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر (٢) .

(١) أنظر في تفصيل هذه المسألة ، وفي كيف يكون التنفيذ إذا امتنع البائع عن الإفراز ، وفي نقل الملكية في الأشياء المصدرة إلى المشتري : الوسيط ٢ فقرة ٤١٩ - فقرة ٤٢٣ - ٤ فقرة ٢٤٥ - فقرة ٢٤٨ . وانظر في أن كسب الملكية في المنقول المعين بنوعه هو سبب مركب من العقد وهو تصرف قانوني ومن الإفراز وهو واقعة مادية : حسن كيرة ص ٨ - والعقد مصحوباً بالإفراز هو الذي ينقل الملكية في المنقول المعين بنوعه . كما أن العقد مصحوباً بالتسجيل هو الذي ينقل الملكية في العقار .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى . سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير . إلا إذا روعيت أحكام التسجيل المبينة في المواد الآتية . » وقد أورد المشروع التمهيدى في المواد ١٣٧٠ إلى ١٣٨١ الأحكام الموضوعية الخاصة بالشهر العقاري . على أساس أن مكانها المناسب هو التقنين المدني . وورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى . - ووضع التسجيل في هذا المكان إذ هو مكانه الحقيقي ، فإنه يشترط أن ينقل -

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص :
« أما فى العقار فلا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، حتى فيما بين

المعد الملكية أن يسجل ، وبذلك اندمج قانون التسجيل فى التقنين المدف بعد أن كان منفصلاً عنه : على أن هذا الاندماج محل للنظر ، فقد يحسن إبقاء قانون التسجيل منفصلاً حتى يتم إنشاء السجل العقارى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٦ هامش ١) . وقبل نظر لجنة المراجعة لمشروع التمهيدى للتقنين المدف ألفت لجنة نظر مشروع قانون الشهر العقارى ، فرأت أن تضمن هذا المشروع الأخير جميع الأحكام الخاصة بالشهر من موضوعية وشكلية وتنظيمية . ولذلك نقلت الأحكام الموضوعية الواردة فى المشروع التمهيدى للتقنين المدف إلى قانون تنظيم الشهر العقارى ، وصدر هذا القانون فعلاً وعمل به قبل العمل بالتقنين المدف الجديد . ولما عرضت المادة ١٣٦٩ من المشروع التمهيدى على لجنة المراجعة ، وافقت عليها تحت رقم ١٠٠٦ فى المشروع النهائى : بعد تعديلها على الوجه الآتى : « فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون الشهر المتعلق بذلك » . وفى مجلس النواب أضيفت الفقرة الثانية ، فأصبح النص تحت رقم ١٠٠٣ مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدف الجديد ، فيما عدا خلافاً لفظياً ضئيلاً . ووافقت لجنة مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٩٣٤ . بعد استبدال عبارة « قانون تنظيم الشهر العقارى » بعبارة « قانون الشهر المتعلق بذلك » . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٠ - ص ٣٤٢) . وقارن الوسيط ٤ فقرة ٢٦٢ . حيث ورد خطأ أن اللجنة التشريعية لمجلس النواب هى التى رأت جعل نظام الشهر العقارى فى قانون خاص منفصل عن التقنين المدف ، والصحيح أن لجنة المراجعة هى التى رأت ذلك قبل اللجنة التشريعية لمجلس النواب .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدف السابق . ولكن قانون التسجيل كان معمولاً به منذ أول يناير سنة ١٩٢٤ ، وقانون تنظيم الشهر العقارى منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدف السورى م ٨٩٦ :

١ - يكتب حق تسجيل الحقوق الفعلية العقارية بمفعول المقود . ٢ - وتطبق الأحكام الخاصة بالبيع والهبة على المقارنات الأميرية وعلى حقوق العينة المائدة لهذه المقارنات . م ٨٩٧ : إن الالتزام بإعطاء المقارنات يتضمن الالتزام بنقل ملكيته فى السجل العقارى ، وبصيانته حتى هذا النقل ، تحت طائلة دفع المثل والضرر للذاتين .

م ٨٩٨ : إن الالتزام بنقل ملكية المقارن فى السجل العقارى خضع لأحكام البيع والامتيازات والتأمينات ، وكذلك للنصوص المتعلقة بالسجل العقارى . (وهذه النصوص تتفق مع أحكام السجل العيني وهو النظام المعمول به فى سورية) .

التقنين المدف المي م ٩٣٨ (مطابق) .

التقنين المدف العراق م ١١٢٧ : التمهيد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتصويص =

المتعاقدين ، إلا بالتسجيل . ولكن متى تم التسجيل تعتبر الملكية منتقلة من وقت العقد لا من وقت التسجيل ، لأن سبب نقل الملكية هو العقد (١) . والمقصود أن الملكية تنتقل . حتى في العقار . بالعقد . ومتى تم تسجيل العقد فإنها تنتقل من وقت العقد لا من وقت التسجيل ، على أن انتقالها لا يكون نافذاً في حق الغير إلا من وقت التسجيل (٢) .

ويجمل النص سالف الذكر ، في انتقال ملكية العقار ، إلى قانون تنظيم الشهر العقاري ، وهو القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ . ويبين هذا القانون التصرفات والأحكام القضائية والسندات التي يجب شهرها ، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر .

وقد عرضنا ، عند الكلام في البيع ، إلى نظام الشهر العقاري في مصر . وبيننا أن هناك نظامين للشهر ، نظام الشهر الشخصي وهو المعمول به حتى اليوم ، ونظام السجل العيني وقد صدر به أخيراً القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ ولكن لم يعمل بهذا القانون حتى الآن . وقارنا بين النظامين ، فرأينا أن نظام السجل العيني يعلو كثيراً على نظام الشهر الشخصي (٣) .

إذا أخل أحد الطرفين بتمهده ، سواء اشترط التمييز في التمهد أو لم يشترط . (وهذا النص يتفق مع نظام السجل العيني « الطابو » وهو النظام المعمول به في العراق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٠٤ : يتم اكتساب الحقوق العينية وانتقالها بقيدها في السجل العقاري . وهذا ذلك فإن حقوق الملكية وحقوق التصرف تكتسب أيضاً بالإلحاق وفقاً لأحكام الفصل الثاني من هذا الباب . وكل من يكتسب عقاراً بالإرث أو بنزع الملكية أو بحكم . فهو مالك قبل التسجيل ، ولكن لا يكون للاكتساب مفعول إلا بعد التسجيل . م ٢٠٥ : إن مغايل القيود معنية بأحكام المادة ١١ من القرار رقم ١٨٨ المتعلق بالسجل العقاري - م ١١ من القرار رقم ١٨٨ (المؤرخ في ١٥ آذار سنة ١٩٢٦ بشأن إنشاء السجل العقاري) : إن الصكوك الرضائية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء حق عيني أو إلى نقله أو إعلانه أو تبديله أو إسقاطه لا تكون نافذة ، حتى فيما بين المتعاقدين ، إلا اعتباراً من تاريخ قيدها . ولا يمنع ذلك المتعاقدين من ممارسة حقوقهم ودعواهم المتبادلة عند عدم تنفيذ اتفاقاتهم . وتطبق هذه الأحكام خاصة على الصكوك والاتفاقات العقارية والوقيعات والخبج وتجزئة الأوقاف التي تنظم أو تصدق من قبل مكتب الملك والمحاكم الشرعية . (وهذه نصوص تتفق مع نظام السجل العيني أو العقاري وهو النظام المعمول به في لبنان) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٢٦ - وأنظر الوسيط ٢ فقرة ١٨٤ .

(٣) الوسيط ٤ فقرة ٢٥٠ .

واستعرضنا المراحل الأربع التي مر بها في مصر انتقال الملكية في العقار حتى صدور قانون بتنظيم الشهر العقاري في سنة ١٩٤٦ (١) .

في المرحلة الأولى ، وهي المرحلة السابقة على التقنين المدني القديم ، لم يوجد نظام لشهر انتقال الملكية في العقار . إذ كانت الشريعة الإسلامية هي المعمول بها في ذلك العهد وهي لا تعرف نظام الشهر ، ولم يصدر أى تشريع يضع نظاما للشهر . وقد خفف من عيوب عدم وجود نظام للشهر وجود نظام آخر هو نظام المكلفات الإدارية . وهو نظام إدارى وضع لجبي الضرائب العقارية ، ويقضى بتحرير التصرف في حجة شرعية وتسجيله في سجل خاص بكل مديرية ، وذلك لإثبات كل تغيير في شخص الملتزم بالضريبة العقارية في هذه السجلات أو المكلفات . فكان هذا النظام ، الذي وضع في الأصل لتنظيم جبي الضريبة العقارية ، يستخدم في الوقت ذاته كطريق لشهر الحقوق العينية . إذ كان السجل الخاص بكل مديرية علنيا يستطيع ذوو الشأن الاطلاع عليه لمعرفة الحقوق التي ترتبت على الأراضى (٢) .

وفي المرحلة الثانية ، وهي المرحلة التي بدأت بصدور التقنين المدني القديم ، أدخل المشرع المصرى نظاما لشهر الحقوق العينية اقتبسه من النظام الفرنسى الذى كان قد أدخل في فرنسا قبل ذلك بقانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ . ولا تزال نصوص هذا التقنين المدني القديم معمولا بها في حالة المحررات التي لها تاريخ ثابت قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ ، وهو تاريخ العمل بقانون التسجيل الذى سيأتى ذكره . ويقضى التقنين المدني القديم بوجه عام بأن الملكية والحقوق العينية الأخرى تنتقل فيما بين المتعاقدين

(١) وقد ذكرنا في الجزء الرابع من الوسيط (فقرة ٢٤٩) أننا نستعرض تطور نظام الشهر العقاري في كثير من الإيجاز ، على أن نفصل القول فيه عند الكلام في أسباب كسب الملكية . ولكننا رأينا بعد ذلك أن الاستعراض التاريخي الذى أوردناه في الجزء الرابع يكتفى الوفاء بالحاجة ، فاقصرنا هنا على مجرد الإشارة إليه إذ لا يتسع المقام لأكثر من ذلك . وآثرنا أن نركز البحث في الكلام في قانون تنظيم الشهر العقاري وهو القانون المعمول به في الوقت الحاضر ، مقارنين إياه بقانون السجل المبنى وهو القانون الذى صدر أخيراً ولم يبدأ العمل به حتى اليوم .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ، فقرة ٢٥٧ . فقرة ٢٥٣ .

بالعقد دون حاجة إلى تسجيل ، وبأنها لا تنتقل بالنسبة إلى الغير إلا بتسجيل العقود التي هي مصدر لها . وأهم عيوب هذا النظام أنه كان نظاما شخصيا ، يتم الشهر فيه وفقا لأسماء الأشخاص ، ويتوزع بين جهات ثلاث ، المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية . ولم تكن له حجة كاملة كالحجية التي تقرن بنظام السجل العيني ، فليس الشهر إلا تسجيلا للعقد كما هو على علامته وبجميع ما يتطوّر عليه من عيوب ، فلا يصحح عقدا باطلا ولا يبطل عقدا صحيحا . ولم يكن التسجيل ضروريا لنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى فيما بين المتعاقدين ، وحتى بالنسبة إلى الغير كان النظام مخرج بعض الوقائع الهامة من منطقة الشهر ، كالميراث والوصية والوقف والتصرفات الكاشفة عن الحقوق العينية كالصلح والقسمة (١) .

وفي المرحلة الثالثة ، وهي المرحلة التي بدأت بصدر قانون التسجيل في سنة ١٩٢٣ ، بقيت نصوص هذا القانون معمولا بها في شأن جميع المحررات التي تم شهرها قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ ، وهو تاريخ العمل بقانون تنظيم الشهر العقاري الذي سيأتي ذكره . وقد عالج هذا القانون بعض وجوه النقص في نظام الشهر السابق عليه . فجعل التسجيل لازما في نقل الملكية والحقوق العينية الأخرى ، لا بالنسبة إلى الغير فحسب ، بل أيضا فيما بين المتعاقدين . وأضاف إلى منطقة التسجيل العقود والأحكام الكاشفة عن الحقوق العينية كالقسمة والصلح ، فأوجب تسجيلها ليجوز الاحتجاج بها على الغير . وتناول دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع في العقد ودعوى الاستحقاق ، فأوجب شهرها ، وجعل الاحتجاج على الغير بالأحكام التي تصدر في هذه الدعاوى من تاريخ شهر صحيفة الدعوى لا من تاريخ شهر الحكم فحسب . ولكن قانون التسجيل لم يقطع الطريق إلى نهايته ، بل ترك دون علاج كثيرا من عيوب نظام الشهر السابق عليه . فبقى النظام نظاما شخصيا وفقا للأسماء لا تبعاً للعقار ، وبقى لا حجة له في ذاته إذ العقد يشهر على علامته ، وبقيت جهات الشهر متعددة ، واقتصرت التسجيل على العقود فيما بين الأحياء فلم يخضع له الميراث والوصية والوقف (٢) .

(١) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٥٤ - فقرة ٢٥٧ .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٥٨ - فقرة ٢٦١ .

وفى المرحلة الرابعة ، وهى المرحلة التى بدأت بصدر قانون تنظيم الشهر العقارى فى سنة ١٩٤٦ ، لا تزال نصوص هذا القانون معمولاً بها حتى الآن ، ويخضع لما جميع المحررات الصادرة منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ ، وهو تاريخ العمل بهذا القانون . وإذ تقرر إلغاء الامتيازات الأجنبية فى سنة ١٩٤٩ ، ودخلت مصر فى مرحلة انتقالية مدتها اثنتا عشرة سنة من سنة ١٩٣٧ إلى سنة ١٩٤٩ ، فقد تمّياً الجو لتوحيد جهات الشهر . وقد وحدها قانون الشهر العقارى فعلاً فى جهة واحدة ، هى مكاتب الشهر العقارى وأمورياتها المنتشرة فى المدن والأقاليم ، تحت إشراف مكتب رئيسى عام . وهذا هو أهم إصلاح حققه القانون الجديد ، وبه بدأت نصوصه ، وكان ذلك خطوة كبرى فى طريق إدخال نظام السجل العيى . وقد ضم قانون الشهر العقارى نظام تسجيل الحقوق العينية الأصلية ونظام قيد الحقوق العينية التبعية فى صعيد واحد ، فأصلح عيياً وقع فيه قانون التسجيل ، إذ فصل هذا القانون نظام التسجيل عن نظام القيد الذى بقى خاضعاً لنظام التقنين المدنى القديم . واستقصى قانون الشهر العقارى المحررات الواجبة إخضاعها للشهر . فلم يترك ثغرات كتلك التى تركها قانون التسجيل ، وخضع للشهر الميراث والوصية والوقف ودعوى صحة التعاقد والدعوى البولصية كذلك خضع للشهر القرارات الإدارية الناقلة للملك ، كمراسم نزع الملكية للمنفعة العامة ومراسم تقسيم الأراضى الصادرة بناء على القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ وقرارات ردم البرك والمستنقعات والإذن باحياء الأرض الموات . وحافظ قانون الشهر العقارى على وجوه الإصلاح التى حققها قانون التسجيل ، فجعل التسجيل فى التصرفات المنشئة ضرورياً لنقل الحق العيى لا فى حق الغير فحسب بل أيضاً فيما بين المتعاقدين ، وأخضع للتسجيل العقود الكاشفة ، وفرض إجراءات دقيقة للتحرى عن صحة المحررات بل إنه قد سار فى هذا الطريق شوطاً أبعد من قانون التسجيل . على أن هناك عيبين جوهرين باقين فى نظام الشهر ، لم يستطع قانون تنظيم الشهر العقارى معالجتهما . فلا يزال النظام نظاماً شخصياً بحسب الأسماء لا بحسب العقار ، ولا يزال الشهر ليست له حجية كاملة فى ذاته . وما كان قانون تنظيم الشهر

العقارى يستطيع معالجة هذين العيين ، فان العلاج الوحيد لهما هو إدخال نظام السجل العيى (١) .

وقد صدر فعلا القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بإدخال نظام السجل العيى . ولكن هذا النظام ، بالرغم من صدور قانون به ، لم يعمل به حتى اليوم . ذلك أن المادة ٢ من قانون إصداره تنص على ما يأتى : « ١ - يصدر قرار من وزير العدل بتعيين الأقسام المساحية التى يسرى عليها نظام الشهر على أساس إثبات المحررات فى السجل العيى ، ويحدد القرار التاريخ الذى يبدأ فيه هذا السريان على أن يكون هذا التاريخ لا حقا لصدور القرار مدة ستة أشهر على الأقل . ٢ - ويستمر العمل بقوانين الشهر المعمول بها فى المناطق التى لم يطبق نظام السجل العيى فيها طبقا لأحكام الفقرة السابقة » . ولما كان لم يصدر حتى الآن قرار من وزير العدل بتعيين أى قسم مساحى يسرى عليه نظام السجل العيى ، فانه لا يمكن القول إن هذا النظام قد أدخل فعلا فى مصر . وتقضى الفقرة الثانية من المادة ٢ من قانون الإصدار . كما رأينا . بأنه حتى يصدر قرار من وزير العدل بتعيين أقسام مساحية لإدخالها فى نظام السجل العيى يبقى قانون تنظيم الشهر العقارى معمو لا به فى كل قسم لم يدخل فى هذا النظام . ومعنى ذلك أن قانون تنظيم الشهر العقارى لا يزال هو القانون المعمول به فى جميع أنحاء البلاد دون استثناء . وتنص المادة ٣ من قانون الإصدار على أنه « فى الفترة المشار إليها فى المادة السابقة تستكمل المصلحة إعداد السجل العيى للقسم المساحى على الوجه المبين بالقانون المرافق » . وفى الفترة التى يجب أن تفصل ما بين صدور القرار الوزارى بإدخال قسم مساحى فى نظام السجل العيى وإدخال هذا النظام فعلا فيه ، تستكمل مصلحة الشهر العقارى إعداد القسم المساحى الذى صدر به القرار الوزارى ليكون

(١) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٦٢ - فقرة ٢٦٥ . وانظر فى أن العقد المسجل يرتب لجميع الآثار التى يرثها العقد ذى المسجل ، وفى أنه يزيد عليه فى أنه ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير : الوسيط ٤ فقرة ٢٧٨ - فقرة ٢٧٩ - وفى نقل الملكية فيما بين المتعاقدين وهل لتسجيل أثر رجعى : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٠ - فقرة ٢٨٦ - وفى نقل الملكية بالنسبة إلى الغير وهل يشترط حسن النية فى المشتري الذى سجل عقده أولا : الوسيط فقرة ٢٨٧ - فقرة ٢٩٠ .

صالحاً لنظام السجل العيني . ويظهر أنه لا يوجد حتى الآن قسم مساحي في مصر يمكن إعداده لنظام السجل العيني ، لعدم توافر الإمكانات المالية والمادية . وتنص المادة ٤ من قانون الإصدار على أنه « يصدر باللائحة التنفيذية قرار من وزير العدل » . ولم يصدر حتى الآن قرار من وزير العدل بهذه اللائحة التنفيذية (١) .

ولما كان قانون تنظيم الشهر العقاري هو كما قدمنا القانون المعمول به حتى الآن في جميع أنحاء البلاد ، ويقدر أن يبقى معمولاً به زمناً طويلاً حتى

(١) وهذا ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون السجل العيني في تقدير هذا النظام : « ويعتبر السجل العيني ثورة في نظام الشهر ، إذ يترتب على تطبيقه تغيير جذري في أنظمة التسجيل القائمة . ومن هنا فإن هذا النظام كان أمانة ينشدها كل مشتغل بالقانون أو بأنظمة التسجيل . وظلت هذه الأمانة تراوهم مدة ستين عاماً منذ انعقدت أول لجنة في سنة ١٩٠٤ لتعديل نظام التسجيل في مصر . وكانت مذكرات اللجان المتعاقبة تزخر بمزايا هذا النظام مناشدة الحكومات المختلفة قبل الثورة العمل على تطبيقه ، إلى أن قدر له أن يرى النور أخيراً على يد حكومة الثورة بعد هذه الأحقاب الطويلة » !

وينقسم قانون السجل العيني إلى أبواب ستة : (١) الباب الأول في أحكام عامة ، تعرف السجل العيني وتنظم مكاتبه ومأمورياته ، وتخصص سجلاً عينياً لكل قسم مساحي ، وتقرر في هذا السجل صحيفة خاصة بكل وحدة عقارية ، وتقرر أن الرسوم تخضع للقواعد المتعلقة بالرسوم الخاصة بالشهر العقاري . (٢) الباب الثاني ، ويقرر القواعد التي تتبع في إثبات الحقوق في صحائف السجل لأول مرة ، ويشكل لجنة قضائية في كل قسم مساحي تنظر في الدعاوى والطلبات التي ترفع في خلال السنة الأولى بعد العمل بالقانون لإجراء تغيير في بيانات السجل العيني . (٣) الباب الثالث ، ويبين التصرفات والحقوق الواجب قيدها في السجل ، ويقرر أن لسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه ، ويورد إجراءات التغيير والتصحيح في بيانات السجل . ويرسم الإجراءات الواجبة الاتباع للقيّد في السجل . (٤) الأبواب الرابع والخامس والسادس : يقرر الباب الرابع تسليم كل مالك « سند الملكية » . وتسليم غير المالك من ذوي الشأن بناء على طلبهم شهادات بها البيانات الخاصة بهم في السجل العيني . ويحمل الباب الخامس علامات تحديد الوحدات العقارية مملوكة للدولة ، ويوجب الإخطار برخص البناء والهدم ويربط الموائد المستدة ، كما يوجب على السلطات المختصة أن تقدم البيانات والأوراق المطلوبة . ويفرض الباب السادس عقوبة الحبس والغرامة إلى خمسة أضعاف جنية أو إحدى هاتين المقويتين على من يتوصل إلى قيد محرر لطلب عقار مملوك للغير مع علمه بذلك ، كما يعاقب بغرامة من جنية إلى عشرة جنيهات على عدم الإخطار برخص البناء والهدم ويربط الموائد المستجدة أو عدم تقديم السلطات المختصة البيانات والأوراق المطلوبة .

يتيسر إدخال نظام السجل العيني تدريجياً وعلى فترات متعاقبة بالقدر المستطاع^(١) ، فالتأني في بحث قانون تنظيم الشهر العقاري^(٢) ، مقارنين إياه بقانون السجل العيني حتى تتبين أهم الفروق ما بين القانونين^(٣) . ونقسم الكلام في ذلك على مبحثين : (١) المحررات الواجب شهرها وما يترتب من أثر على الشهر . (٢) إجراءات الشهر .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون السجل العيني في هذا الصدد : « وجدير بالذكر أن نظام السجل العيني لن يطبق دفعة واحدة على كافة أنحاء الجمهورية ، بل سيجرى تطبيقه تباعاً في كل منطقة من المناطق التي يتم مسحها . فكلما تم مسح منطقة من المناطق مساحة حديثة ، أمكن تطبيق هذا النظام عليها . وسوف يراعى قبل إجراء القيد الأول في السجل فحص المستندات فحصاً دقيقاً ، ومناقشة أصحاب الحقوق ، وإجراء النشر اللازم في الصحف والجهات الرسمية وغيرها من وسائل الإعلام ، وتمكين ذوي الشأن من إبداء اعتراضاتهم أمام لجنة قضائية . وبذلك لا يقيّد في السجل إلا صاحب الحق » .

(٢) وهناك مشروع لقانون تنظيم الشهر العقاري والتوثيق أعدته وزارة العدل ليحل محل قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ والقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتوثيق . وقد استهدف هذا المشروع بوجه خاص : (أ) معالجة اليبوب التي أسفر عنها التطبيق العملي لذين القانونين واستكمال أوجه النقص فيهما . (ب) وضع القواعد الكفيلة بحماية صفات الملاك وبإمكان حصر الملكيات والتشجيع على شهر المحررات العرفية . (ج) تبسيط الإجراءات . (د) إقرار ما كانت مصلحة الشهر العقاري والتوثيق تقوم به من إجراءات اقتضتها الضرورة العملية إقراراً تشريعياً . (هـ) تنسيق أحكام قانون الشهر العقاري بما يتواءم مع أحكام قانون السجل العيني ، تمهيداً لإدخال نظام السجل العيني .

ومستأنول في الحاشية أهم الأحكام التي جاء بها هذا المشروع ممداً لأحكام قانون الشهر العقاري ، وذلك في المواضيع التي يمدل فيها المشروع أحكام هذا القانون .

(٣) وتلخص المذكرة الإيضاحية لقانون السجل العيني مزايها لنظام السجل العيني إذا تم إدخاله في مصر ، وهي التي تحمل أهم الفروق ما بين القانونين ، فيما يأتي : « ١ - تحقيق الأمان التام لكل من يتعامل على المقاروفق البيانات الثابتة بالسجل ، إذ أنه بمجرد إثبات البيان في السجل يصبح هذا البيان مثلاً للحقيقة ونقياً من أي عيب عائق بسند الملكية بعد مضي مواعيد الطعن المنصوص عليها في المشروع أو الفصل نهائياً فيما قد يرفع من طعون . ذلك أن المشروع يأخذ بمبدأ القوة المطلقة Force probante للقيد في السجل العيني . ويمثل هذا المبدأ حجر الزاوية للنظام ، ومعناه أن كل ما هو مقيد في السجل العيني هو الحقيقة بالنسبة للغير . وبذلك يصبح من يتعامل مع من قيد كما في المقار في حماية من كل دعوى غير ظاهرة في السجل ، مما يقتضي أن يؤثر بالاعتراف التي ترفع عند البيانات المدرجة في السجل لحماية رافها من القرينة المطلقة التي تستند من القيد فيه - ٢ - حظر التملك بالتقادم ، كقاعدة عامة ، ومواجهة =

المبحث الأول

المهرات الواجب شهرها وما يترتب من أثر على الشهر

١٢٩ - المهرات الواجب شهرها : يمكن حصر المهرات الواجب

شهرها . وفقا لقانون الشهر العقارى ، فيما يأتى :

== الحقوق المقيدة بالسجل . فن أثبت اسمه في السجل كمالك للمقار يصبح في مأمن تام من أن يفاجأ بادعاء أى منتصب يزعم أنه تملك المقار بوضع اليد ، وهو أمر تقتضيه طبيعة القوة المطلقة لتقيد في السجل . ورعاية لوضع اليد المستقر في ظل القانون القائم ، نص المشروع على طريقة التقيد في السجل لأول مرة بالنسبة لمن تملك المقار فلا بوضع اليد قبل العمل به ، كما نص على فقرة انتقال يحترم خلالها وضع يد من لم يتم مدة التقادم ، وكل ذلك على التفصيل الموضح بالمشروع - ٣ . تطبيق مبدأ المشروعية (Legalité) في السجل المبنى : ومنه إجراء المراجعة السابقة لكافة السجلات التى يجرى التقيد في السجل بمقتضاها حتى لا يقيد في السجل إلا الحقوق المشروعة فعلا ، وحتى لا يستفيد من الشهر الإدعاءات المشكوك فيها . ويلوئى ذلك حتماً إلى استقرار الملكية استقراراً تاماً وانعدام المنازعات أمام المحاكم في شأنها ، مما يخفف العبء عن الأهالى وعن المحاكم بشكل ملموس - ٤ . يكفل النظام الجديد تبسيط عملية الشهر وسرعتها والتناسق فيها ، مع وضوح السجلات وسهولة إحاطة المتعاملين بمضمونها . كذلك يقضى هذا النظام على المساوىء المترتبة على تشابه الأسماء ، وييسر تحديد وعاء الضريبة العقارية بطريقة سليمة وعادلة - ٥ . ضماناً لاستقرار الملكية والحقوق المبنية ، نص المشروع على عقوبة جنائية لكل من يتوصل إلى قيد عمره في السجل لسلب عقار مملوك لغيره ، أو ترتيب حق عيى عليه ، مع علمه بذلك .

ومن البلاد التى أخذت بنظام السجل المبنى أستراليا (نظام تورنس) وألمانيا وسويسرا والنمسا والسويد وأسيانيا والبرتغال وإنجلترا وملقا وسنغافورة والبرازيل وبعض الولايات الأمريكية المتحدة وجزء من كندا والعراق وسورية ولبنان وتونس ومدغشقر والكنجو والسنجال . ولكن لا يزال كثير من البلاد المتقدمة ، ومنها فرنسا وبلجيكا وهولندا وإيطاليا ، يأخذ بنظام الشهر الشخصى ، إذ لم تستطع هذه البلاد حتى الآن تذليل الصعوبات التى يقتضى تذليلها إدخال نظام السجل المبنى . وهذه هى بعض خصائص نظم السجل المبنى في البلاد المختلفة التى أخذت بهذه النظم ، وهى تختلف من بلد إلى آخر :

النظام الأسترالى (تورنس) : يطبق هذا النظام مبدأ القوة المطلقة لتقيد بشدة أكثر مما يطبقه به أى نظام آخر . فالنظام الألمانى مثلاً يستثنى من هذا المبدأ حالة الغير سىء النية ، ولكن القوانين الأسترالية تمنع ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير ، جميع دعاوى الطعن في حق الملكية الثابتة بالشهادة السندية ، سواء كانت دعاوى إلغاء أو رجوع أو فسخ ، ولا تستثنى إلا ثلاثة أنواع من الدعاوى : (١) دعاوى الطعن في صحة التقيد الذى تم بطريق الفتن ، متى ==

أولاً - التصرفات المنشئة أو الناقلة أو المنهبة لحق عيني عقارى أصل ،
والأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك (م ٩ من قانون الشهر العقارى) .

== رفعت الدعوى ضد الشخص الذى تم لصالحه البيع . (٢) دعوى تصحيح الخطأ فى التحديد .
(٣) الدعوى المرفوعة من يحمل شهادة سندية سابقة له نفس المنزل . وفيما عدا ذلك تكون الشهادة السندية التى يسلمها المجل العام بمثابة من أى طين ، وهى فى حضان الدولة . فإذا فرض أن صدر شهادة سندية لشخص بدون وجه حق ، فلذلك أن يرفع دعوى تمويض على الدولة . ولمواجهة هذه الدعاوى أنشأ القانون الأسترالى صنوفاً لتأمين ، يحول بواسطة رسم نسبي قدره نصف بنس لكل جنيه ($\frac{1}{10} \%$) من قيمة كل عقار يقيد . وقانون الملكية المقاربية الأسترالى (نظام تورنس) هو من أحسن القوانين المعاصرة التى تنق بالمطالب النظرية والطبيقية لنظم متقن للشهر ، ويدل على تفوقه تطبيقه فى عدد كبير من الدول ، منها إنجلترا وملقا وسنغافورة والبرازيل وتونس وبعض الولايات الأمريكية المتحدة وجزء من كندا .

القانون الألمانى : تنتقل ملكية العقار فى هذا القانون باتفاق بين المتصرف والمتصرف

إليه (م ٨٧٣ مدنى ألمانى) ، ويستلزم ذلك حضور الطرفين أمام المكتب العقارى للتصير من إرادتين متقابلتين ، إحداهما بالتصرف فى الحق والأخرى بكسب الحق . وأمين المكتب ، وهو قاض يختار من بين قضاة المحكمة الإبتدائية ولقراراته خصائص أحكام محكمة الدرجة الأولى ، هو الذى يعطى السند المضمن لهذا الاتفاق . ثم يتكفل بهد ذلك بتنفاذه ، بالإشراف على قيده فى السجلات العامة . والتصرف الذى لا يتم على هذه الصورة يكون باطلاً ، ولا أثر له . ونقضى المادة ٩٢٧ مدنى ألمانى بأن العقار الذى يبقى مدة ثلاثين سنة فى حيازة الغير ، يمكن تقرير سقوط حق المالك عنه عن طريق رفع دعوى . وإذا كان المالك مقيداً فى السجل ، فإن الدعوى لا تقبل إلا إذا كان قد توفى أو كان غائباً . ولم يجر أى قيد بموافقة فى السجل منذ ثلاثين سنة .

القانون السويسرى : يقضى القانون السويسرى بأن كل من يكسب الملكية أو أى حق

عيني آخر بحسن نية استناداً إلى قيد فى السجل العيني ، يبق حقه قائماً . ولكن إذا تم قيد الحق دون مسوغ ، بأن أجرى دون وجه حق أو بموجب تصرف قانونى غير ملزم ، جاز لمن أضر القيد بحقه أن يدعى مباشرة ضد الغير سواه النية بدم حصة القيد . ويجوز القانون السويسرى كسب ملكية العقار بالتقادم فى حالات ثلاث : (١) إذا قيد شخص فى السجل كمالك للعقار ، وكان ذلك القيد قد تم بدون سبب مشروع . ويشترط فى هذه الحالة أن يستمر الشخص واضحاً يده على العقار بحسن نية ويهدوء ودون انقطاع لمدة عشر سنوات . (٢) إذا وضع شخص يده كمالك على عقار مدة ثلاثين سنة ، يهدوء ودون انقطاع ، بشرط أن يطلب قيده باسمه كمالك . (٣) إذا وضع شخص يده كمالك على عقار غير مبين مالكه فى السجل ولكنه توفى أو أوطن غيابه ، على أن يستمر واضحاً يده ثلاثين سنة . ويشترط فى هذه الحالة تمام قيد العقار باسم واضح ليد صدور أمر من القاضي ، وعدم حصول اعتراض على ذلك فى خلال المدة التى تحددها المحكمة لرفض الاعتراضات التى قدمت .

ثانيا - التصرفات والأحكام النهائية الكاشفة عن حق عيني أصلي (م ١٠ من قانون الشهر العقاري) .

ثالثا - حق الإرث ومصدره واقعة مادية هي وفاة المورث ، والمهرات المثبتة لدين عادي على المورث (م ١٣ - ١٤ من قانون الشهر العقاري) .

رابعا - دعاوى الطعن في التصرف واجب الشهر ودعاوى استحقاق حق عيني عقارى أصلي ودعاوى صحة التعاقد (م ١٥ - ١٨ من قانون الشهر العقاري) .

خامسا - التصرفات والأحكام المتعلقة بالحقوق العينية التبعية (م ١٢ وم ١٩ من قانون الشهر العقاري) .

سادسا - بعض التصرفات المتعلقة بحقوق شخصية : الإيجارات والسندات التي ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات ، والمحالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما (م ١١ من قانون الشهر العقاري) .
ونستبعد من بحثنا هذا :

أولا - حق الإرث والمهرات المثبتة لدين على المورث ، فقد سبق أن بحثنا شهر حق الإرث وفقا لقانون الشهر العقاري^(١) . ووفقا لقانون السجل العيني^(٢) . كما بحثنا شهر الديون التي على المورث^(٣) .

القانون السوري : أورد المشرع السوري استثناءات على القوة المطلقة للقيد :

(١) لا يجوز للغير الذي يكسب حق على العقار أن يحتج بالقيد ، إذا كان وقت كسبه الحق ملما بأسباب فساد التصرف أو بطلانه . (٢) نصاب الحق الحقيقي المتضرر أن يرفع دعوى تمويض ضد الشخص الذي قيد العقار باسمه وكان عله بأنه لا حق له فيه . (٣) إذا أجرى القيد نتيجة خطأ أو إهمال من الموظفين المختصين ، جاز لمن أصابه ضرر بسبب ذلك أن يرفع دعوى تمويض ضد الدولة وفقا لقواعد المسؤولية الإدارية - ولا يسرى التقادم المكسب في مواجهة المالك القيد حقه في السجل .

القانون العراقي : يجوز الحكم بخلاف مضمون سند الطابو إذا ثبتت دعوى لاستحقاق ، فيصدر حكم بإبطال سند الطابو الذي بيد المدعي عليه وتصحيح قيد الطابو باسم المستحق وإعطائه سندا جديدا . والأصل أن التقادم لا يسرى في مراجعة المالك القيد ، ومع ذلك يجوز لواقع اليد على العقار أن يكسب ملكية بطريق التقادم إذا تمكن من قيده باسمه وكان يستند في وضع يده إلى سبب صحيح كالإرث والوصية والبيع ، على أن تبدأ مدة التقادم اعتباراً من تاريخ القيد .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٨ - فقرة ٧٠ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٧١ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٤ - فقرة ٣٩ .

ثانيا - التصرفات والأحكام المتعلقة بالحقوق العينية التبعية ، إذ أن بحثها يكون عند الكلام في التأمينات العينية في الجزء العاشر من الوسيط .

ثالثا - بعض التصرفات المتعلقة بحقوق شخصية ، أى الإيجارات إذا زادت مدتها على تسع سنوات والمقاصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما ، فهذه قد سبق بحثها عند الكلام في عقد الإيجار في الجزء السادس من الوسيط .

ويبقى إذن للبحث هنا :

أولا - التصرفات والأحكام المتعلقة بإنشاء حق عيني عقارى أصل أو نقله أو تغييره أو زواله .

ثانيا - التصرفات والأحكام الكاشفة عن حق عيني أصل .

ثالثا - الدعاوى الخاضعة للشهر .

المطلب الأول

التصرفات والأحكام المتعلقة بإنشاء حق عيني عقارى أصل أو نقله أو تغييره أو زواله

§ ١ - التصرفات والأحكام الواجبة الشهر

١٣٠ - العقود الواجبة الشهر : تنص الفقرة الأولى من المادة ٩ من قانون الشهر العقارى على أن : جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، يجب شهرها بطريق التسجيل ، ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية ^(١) . ويخضع هذا النص للتسجيل ، لا العقود فحسب ، بل أيضا التصرفات الصادرة من جانب واحد ، وكذلك الأحكام النهائية .

فالعقود الواجبة التسجيل بموجب هذا النص هى :

(١) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوليق (م ١/٧ من المشروع) .
ويطابق النص فى قانون السجل العيني المادة ٢٦ / ١ من هذا القانون .

(١) العقود المنشئة لحق عيني عقارى أصلى . مثل ذلك عقد ينشئ . حق انتفاع أو حق استعمال على عقار . أو حق سكنى . أو حق ارتفاق . أو حق حكر . أما حق الملكية فلا ينشئ العقد . لأن الإنشاء معناه الإيجاد . والملكية لا توجد ابتداء إلا بالاستيلاء . والاستيلاء ليس بعقد ولا هو يتصرف قانونى . وإنما هو واقعة مختلطة . اختلطت فيه الحياة المادية وهى عنصر مادى بارادة المستولى فى أن يتملك فى الحال وهى عنصر ارادى . ولكن العنصر المادى هو المتغلب . ومن ثم الحق الاستيلاء بالوقائع المادية (١) . وعلى ذلك لا يعتبر الاستيلاء تصرفا قانونيا . ولا يكون واجب التسجيل .

(٢) العقود الناقلة لحق عيني عقارى أصلى . وعلى رأس هذه الحقوق العينية العقارية الأصلية التى ينقلها العقد حق الملكية فى العقار . وعلى رأس العقود الناقلة للملكية عقد البيع . ومن ثم كان عقد بيع العقار هو الذى يؤخذ عادة نموذجا للعقود واجبة التسجيل . وما يسرى عليه فى هذا الشأن يسرى على سائر العقود الناقلة للملكية وللحقوق العينية العقارية الأصلية الأخرى . ومن العقود الناقلة لحق الملكية فى العقار . إلى جانب البيع . ومن ثم يجب تسجيلها . المقايضة فى العقار . والوفاء بتقابل إذا كان هذا المقابل عقارا . وهبة العقار . والشركة إذا قدم الشريك عقارا حصة له فى الشركة . وقد ينقل العقد حقا عينيا عقاريا أصليا آخر غير حق الملكية . فيجب تسجيله . من ذلك أن يبيع المنتفع حق انتفاعه فى العقار . أو يهب هذا الحق . أو يقدمه حصة فى شركة . أو يقدمه مقابلا لوفاء دين . وما يقال عن حق الانتفاع يقال عن حق الارتفاق . فبيع مالك العقار حق ارتفاق مقررًا لمصلحة عقاره تبعا لبيع هذا العقار . أو يهب هذا الحق مع العقار . أو يقدمه مع العقار حصة فى شركة . أو يقدمه مع العقار مقابلا لوفاء دين .

(٣) العقود المغيرة لحق عيني عقارى أصلى . ويمكن التمثيل لعقد مغير لحق الملكية على عقار . بعقد يجعل هذه الملكية قابلة التصرف فيها بعد أن كانت مقترنة بالشرط المانع من التصرف ، وبعقد ملكية الأسرة . كذلك

يمكن التمثيل لعقد مغير لحق الانتفاع على عقار لمدة معينة ، بعقد يطيل هذه المدة أو ينقص منها . ويمكن التمثيل أيضا لعقد مغير لحق الارتفاق ، بعقد يزيد في مدى هذا الحق أو ينقص من مداه . فهذه العقود جميعا عقود مغيرة لحق عيني عقارى أصلى ، ومن ثم تكون واجبة التسجيل .

(٤) العقود المزیلة أو المنهية لحق عینی عقارى أصلى . مثل ذلك عقد ينهى حق الانتفاع في عقار قبل انقضاء مدته ، أو عقد ينهى حق الاستعمال في عقار أو حق السكنى قبل انقضاء مدة الحق وكان كل من الحقين مقودا لمدة معينة ، أو عقد ينهى حق ارتفاق ولم تكن له مدة محددة . هذه العقود جميعا عقود مزیلة لحق عینی عقارى أصلى ، ومن ثم تكون واجبة التسجيل . ويلاحظ أن حق الملكية حق أبدي ، فلا يزول ما دام الشيء المملوك باقيا ، ومن ثم لا يتصور إبرام عقد ينهى حق الملكية .

١٣١ - التصرفات المأذونة من جانب وأمر الرأى الشهر : ولم يقتصر قانون الشهر العقارى ، في الإخضاع للتسجيل ، على العقود كما اقتصر قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، بل جاوز العقود إلى التصرفات المأذونة من جانب واحد . وقد قصد بذلك أن يعالج عيبا في قانون التسجيل كان ملحوظا ، إذ أدخل في حظيرة التسجيل تصرفين قانونيين صادرين من جانب واحد لم يكونا داخلين من قبل . وقد نص عليهما صراحة ، وهما الوقف والوصية ، في المادة ١/٩ منه كما رأينا . وكانا يدخلان دون نص في عموم لفظ « التصرفات » ، ولكن المشرع أراد أن يؤكد وجوب تسجيلهما بالنص الصريح . وكذلك يدخل في عموم لفظ « التصرفات » إنشاء المؤسسة ، والتصرفات الإدارية التي من شأنها إنشاء حق عيني أصلى أو نقله . فيخضع إذن للتسجيل التصرفات الآتية :

(١) الوقف : وهو تصرف قانوني صادر من جانب واحد هو الواقف ، ومن شأنه أن يغير من ملكية العقار الموقوف ، ويجعل هذا العقار غير مملوك لأحد من العباد ، وينشئ حقوقا عينية فيه للمستحقين ، ويجعله خاضعا لنظام خاص تقرر الشريعة الإسلامية قواعده في كثير من التفصيل . وقد كان الوقف لا يسجل إلا في المحاكم الشرعية قبل نفاذ قانون الشهر العقارى ،

ومنذ نفاذ هذا القانون أصبح واجب التسجيل في مكاتب الشهر العقارى لأنه يدخل في عموم التصرفات الواقعة على عقار ، وبصريح النص كما سبق القول . وقد قلت أهمية الوقف بعد إلغاء الوقف الأهلى ، ولم يبق الآن إلا الوقف الحبرى وهو واجب التسجيل في مكاتب الشهر العقارى .

(٢) الوصية : وهى تصرف قانونى صادر من جانب واحد هو الموصى ، فاذا وقعت على عقار نقلت ملكية هذا العقار من الموصى إلى الموصى له بعد موت الموصى . وقد كان قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ يخرج الوصية بالعقار من منطقة التسجيل ، لأن هذا القانون كان لا يخضع للتسجيل إلا العقود فيما بين الأحياء ، والوصية ليست بعقد ، وهى فوق ذلك تكسب الملكية بسبب الوفاة . فعالج قانون الشهر العقارى هذا العيب ، واستعمل لفظ « التصرفات » بدلا من عبارة « العقود فيما بين الأحياء » ، فدخلت الوصية فى عموم لفظ التصرفات ، إلى جانب النص عليها صراحة كما سبق القول . ومن ثم يجب تسجيل الوصية إذا وقعت على عقار ، وقد بسطنا فيما تقدم كيف يتم شهر الوصية طبقا لقانون الشهر العقارى وطبقا لقانون السجل العيى (١) .

(٣) إنشاء المؤسسة : وتنص المادة ٦٩ مدنى على أن « المؤسسة شخص اعتبارى ينشأ بتخصيص مال مدة غير معينة ، لعمل ذى صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية أو لأى عمل آخر من أعمال البر أو النفع العام . دون قصد إلى أى ربح مادى » . وتنص المادة ١/٧٠ مدنى على أن « يكون إنشاء المؤسسة بسند رسمى أو بوصية » . ويتبين من هذه النصوص أن إنشاء المؤسسة تصرف قانونى صادر من جانب واحد : ينقل ملكية المال من مالكه منشئ المؤسسة إلى المؤسسة ذاتها وهى شخص اعتبارى . فاذا كان المال عقارا ، كان إنشاء المؤسسة تصرفا قانونيا ناقلا للملكية ، ومن ثم يدخل فى عموم « التصرفات » الناقلة للملكية ، ويكون واجب التسجيل . ويستوى فى ذلك أن يكون إنشاء المؤسسة بسند رسمى فى حال الحياة لما قدمناه ،

أو يكون بوصية لما قدمناه ولأن الوصية بعقار يجب تسجيلها كما سبق القول

(٢) التصرفات الإدارية : ونذكر من هذه التصرفات قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة وقرارات تقسيم الأراضى وقرارات ردم البرك والمستنقعات وقرارات طرح البحر وأكله (١) .

فكما يتعلق بقرارات نزع الملكية . رأينا (٢) أن القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ يقضى بوجوب اتباع إجراءات معينة كترع ملكية العقار للمنفعة العامة أو للتحصين . فيصدر قرار من الوزير المختص ببيان المشروع المطلوب إعتبره من أعمال المنفعة العامة أو من أعمال التحصين . وتختصر العقارات المطلوب نزع ملكيتها . وتعد المصلحة القائمة بتزع الملكية كشوفا من واقع عملية الحصر تبين فيها العقارات التى تم حصرها . وتعرض هذه الكشف . فإذا لم تقدم اعتراضات عليها أصبحت نهائية . ويوقع أصحاب هذه العقارات نماذج خاصة بنقل ملكيتها للمنفعة العامة . أما إذا قدمت اعتراضات . أو تعذر لأى سبب آخر الحصول على توقيع أصحاب الحقوق على النماذج الخاصة بنقل الملكية ، أصدر الوزير المختص قرارا بتزع ملكية العقارات . وتودع النماذج أو القرار الوزارى الصادر بتزع الملكية فى مكتب الشهر العقارى . ويرتب على هذا الإيداع بالنسبة إلى العقارات الواردة فيها جميع

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون الشهر فى خصوص هذه التصرفات الإدارية أنها التصرفات التى تتناول حقوقا عينية عقارية كتراسم نزع الملكية والإذن الذى تعطيه الحكومة فى إحياء الأرض الموات وقرارات وزير المالية بتوزيع طرح البحر عملا بأحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ . وفى خصوص الإذن الذى تعطيه الحكومة فى إحياء الأرض الموات كان القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ الخاص بتملك الأراضى الصحراوية يقضى بحظر تملك هذه الأراضى (إلا فى مناطق معينة لا يشملها الحظر تحدد بقرار وزير الحربية) إلا باذن يصدر من وزير الحربية . وهذا الإذن كان واجب التسجيل . ثم ألغى القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، ويقضى هذا القانون الأخير بأن تكون الأراضى الصحراوية ملكا خاصا للدولة ، ويتملكها الأفراد لاستصلاحها بطريق الشراء . ممارسة من الدولة (أنظر آتف فقرة ١٨) . ويدهى أن عقد البيع الصادر من الدولة بتمليك أحد الأفراد أرضا صحراوية يجب تسجيله ، شأنه فى ذلك شأن عقود البيع .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٣٩٠ .

الآثار المترتبة على شهر عقد البيع ، فتنقل العقارات من ملكية أصحابها الخاصة إلى الملكية العامة . ونرى من ذلك أن القرار الوزاري الصادر بترع الملكية ، وهو قرار إداري ناقل للملكية ، يجب شهره بطريق إيداعه في مكتب الشهر العقاري .

وفيما يتعلق بقرارات تقسيم الأراضي ، يقضى القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ الخاص بتقسيم الأراضي المعلقة للبناء بأن يقدم صاحب الأرض المراد تقسيمها مشروعا بالتقسيم ، يترك فيه المسافات اللازمة للشوارع والميادين والحدائق والمنزهات ، ويصدر بهذا المشروع مرسوم (قرار جمهوري) ينشر في الجريدة الرسمية . ويجب تسجيل قرار التقسيم في مكتب الشهر العقاري ، ويمر بمراحل الشهر القهيدية ، وتنفق به خريطة يبين فيها التقسيم وما يتضمنه من منافع ، ويودع معه صورة من قائمة شروط بيع أجزاء الأرض المقسمة . ولا تعتبر الشوارع والميادين والمرافق الأخرى داخلة في أملاك الدولة العامة إلا من تاريخ تسجيل قرار التقسيم . وهنا نرى أيضا قرارا إداريا ، وهو القرار الصادر بمشروع التقسيم ، واجب التسجيل ، لأنه ينقل ملكية أجزاء من الأرض المقسمة - الميادين والشوارع والمرافق الأخرى - إلى أملاك الدولة العامة .

وفيما يتعلق بقرارات ردم البرك والمستنقعات ، خول القانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٤٦ الخاص بردم البرك والمستنقعات ومنع إحداث الحفر وزارة الصحة والمحالىس البلدية والإقليمية الحق في استصدار قرارات بترع ملكية البرك والمستنقعات لتباشر ردمها أو تجفيفها ، وهذه القرارات بترع الملكية ، وهي قرارات إدارية ، خاضعة للشهر بطريق التسجيل . وقد أجاز القانون المذكور للمالك المتروعة ملكيته استرداد هذه الملكية ، في مقابل الوفاء بتكاليف الردم أو التجفيف ورد الثمن الذي يكون قد قبضه ، ويسقط هذا الحق إذا لم يستعمل في ميعاد لا يجاوز سنة من تاريخ إتمام الردم أو التجفيف . ويتم الاسترداد إما بعقد أو بقرار وزاري ، ويجب شهر العقد أو القرار الوزاري بطريق التسجيل دون رسم نسبي حتى ترد الملكية لصاحبها السابق .

وفيما يتعلق بقرارات طرح النهر : كان القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ يقضى بتوزيع الطرح على مستحقيه من أصحاب أكل النهر على مقتضى قواعد معينة . ويكون التوزيع بقرار يصدره وزير المالية والاقتصاد ، ولهذا القرار الإدارى قوة الورقة الرسمية . ويجب تسجيله دون رسم نسبي . ويؤشر به بعد تسجيله فى تكليف المالك الذى صدر القرار لصالحه . وقد قدمنا (١) أن هذا القانون قد ألغاه القانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٧ . ثم ألغى هذا القانون بالقانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨ ، وقد ألغى هذا القانون الأخير بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ . ومنذ صدور قانون سنة ١٩٥٧ استحدثت قاعدة جديدة هى تعويض أصحاب الأكل تعويضا نقديا لا تعويضا عينيا . وياع طرح النهر لصغار المزارعين على الوجه المبين فى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ (٢) . وبموجب هذا القانون الأخير المعمول به الآن تتولى الهيئة العامة للإصلاح الزراعى حصر مقدار طرح النهر وأكله فى كل سنة . ويصدر قرار من وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى أو من ينييه بتحديد تاريخ حلو طرح النهر وأكله وحصر مقداره سنويا . ويودع هذا القرار فى مكتب الشهر العقارى المختص بغير رسوم . ويترتب على هذا الإيداع آثار الشهر القانونية .

١٣٢ - الأعلام المنسقة الواجبة الشهر : رأينا (٣) أن المادة ١/٩ من قانون الشهر العقارى توجب تسجيل « الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك » . أى لشيء من « التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله » . وإذا فهمنا النص على هذا النحو . كانت الأحكام المثبتة لتصرف من التصرفات المشار إليها هى الأحكام الصادرة فى دعاوى صحة التعاقد (٤) . فالأحكام المثبتة للعقود

(١) أنظر آتفاقرة ٩٥ .

(٢) أنظر آتفاقرة ٩٥ .

(٣) أنظر آتفاقرة ١٣٠ .

(٤) أنظر فى هذا المعنى حامد فهمى فى بحثه فى نظرية التصرفات الإقرارية والإضافية فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى (ص ٧ - ص ٦٣) فقرة ٣٣ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٨١ .

المنشئة لحق عيني عقارى أصل ، كإنشاء حق انتفاع أو استعمال على عقار أو إنشاء حق سكنى أو حق ارتفاق أو حق حكر ، هي الأحكام الصادرة فى دعاوى إثبات صحة التعاقد المتعلق بإنشاء هذه الحقوق . والأحكام المثبتة للعقود الناقلة لحق عيني عقارى أصل ، كنقل حق الملكية أو حق الانتفاع ، هي الأحكام الصادرة فى دعاوى إثبات صحة التعاقد المتعلق بنقل هذه الحقوق ، وعلى رأسها دعوى إثبات صحة التعاقد فى بيع العقار وهى الدعوى التى تقصد عادة إذا أطلقت عبارة « دعوى صحة التعاقد » . وكذلك قل عن الأحكام المثبتة للعقود المغيرة لحق عيني عقارى أصل ، والأحكام المثبتة للعقود المزيلة أو المنهية لحق عيني عقارى أصل^(١) . ومن ثم تكون كل هذه الأحكام النهائية واجبة التسجيل بموجب نص المادة ١/٩ من قانون الشهر العقارى .

ولكن قد يترض على هذا الفهم بأن قانون الشهر العقارى قد خص « دعاوى صحة التعاقد » بالذكر ، ولم يذكرها فى المادة ١/٩ منه ، بل ذكرها فى المادة ٢/١٥ ضمن الدعاوى الواجبة التسجيل . وهذا الاعتراض لا يؤثر فى وجوب شهر الأحكام النهائية الصادرة فى دعاوى صحة التعاقد ، وإنما تكون هذه الأحكام واجبة الشهر . وجب المادتين ١٥ و ١٦ من قانون الشهر العقارى لا بموجب المادة ١/٩ من هذا القانون ، ولكنها تكون واجبة الشهر على كل حال . ويبقى بعد ذلك ، إذا اعتدنا بهذا الاعتراض ، أن نحدد ماهى الأحكام النهائية الواجبة التسجيل بموجب المادة ١/٩ من قانون الشهر العقارى . ولما كانت هذه المادة مأخوذة من المادة الأولى من قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ ، فإن الرجوع إلى المادة الأولى سالفة الذكر ، وهى تقول « الأحكام النهائية التى يترتب عليها شئ من ذلك » ، بين أن المقصود هو الأحكام النهائية التى يترتب عليها إنشاء حق عيني عقارى أو نقله أو تغييره أو زواله . ولا يوجد حكم ينشئ حقا عينيا عقاريا أو يغيره أو يزيله ، لأن الأحكام هى فى الأصل مقررة للحقوق لا منشئة ولا مغيرة

ولا مزيلة . ولكن توجد أحكام تنقل حق الملكية ، فهي من ناحية تعتبر أحكاما منشئة لا أحكاما مقرررة . ومن هذه الأحكام أحكام مرمى المزا ، ومنها أيضا الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة على الرأى الذى أخذت به محكمة النقض .

فأحكام مرمى المزا فى العقار تصدر عقب انتهاء المزايدة لأول مرة ، أو عقب زيادة العشر ، أو عند إعادة البيع على مسئولية المشتري المتخلف ، وذلك طبقا للإجراءات التى رسمها تقنين المرافعات . وفى جميع الأحوال يصدر حكم مرمى المزا بديباجة الأحكام ، ويشتمل منطوقه على أمر للمدين أو للحائز بتسليم العقار للراعى عليه المزا (م ٦٨٥ مرافعات) . ويقوم قلم الكتاب بالنيابة عن ذوى الشأن بطلب تسجيل حكم مرمى المزا خلال ثلاثة الأيام التالية لصدوره ، ويكون الحكم المسجل سندا لملكية من رسا عليه المزا (م ٦٨٧ مرافعات) . ومع ذلك لا يكون حكم مرمى المزا ناقلا للملكية ، ولكنه يعتبر كاشفا عنها ، فى حالتين : (١) إذا بيع العقار الشائع لعدم إمكان قسمته ورسا المزا على أحد الشركاء ، فإن رسو المزا هنا يعتبر قسمة لا بيعا فيكون كاشفا عن الملكية لا ناقلا لها ، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى القسمة فى الجزء الثامن من الوسيط . ويجب على كل حال تسجيل الحكم بمرمى المزا هنا ، ولكن التسجيل يكون بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى لا بموجب المادة ١/٩ من هذا القانون . (٢) إذا رسا مزا العقار المرهون على الحائز لهذا العقار ، فإن الحائز الذى رسا عليه المزا فى هذه الحالة يكون مانكا للعقار بموجب سند ملكيته الأصلى ، ويكون حكم مرمى المزا كاشفا عن هذه الملكية لا ناقلا لها . وتنص المادة ١٠٧٥ مدنى فى هذا المعنى على أنه « إذا تزعت ملكية العقار المرهون ، ولو كان ذلك بعد اتخاذ إجراءات التطهير أو الإخلية ، ورسا المزا على الحائز نفسه ، اعتبر هذا مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصلى : ويتطهر العقار من كل حق مقيد إذا دفع الحائز الثمن الذى رسا به المزا أو أودعه خزنة المحكمة » . وهذا لا يعنى حكم مرمى المزا فى هذه الحالة من الشهر ، ولكن الشهر يكون بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى ،

لا بموجب المادة ١/٩ من هذا القانون . والشهر هذا لا يكون بالتسجيل ، وإنما يكون بالتأشير بحكم مرسى المراءد فى هامش تسجيل السند الذى تملك الحائز بموجبه العقار أصلا وفى هامش تسجيل إنذار الحائز . وتنص المادة ٦٨٨ مراءعات فى هذا المعنى على أنه « إذا رسا مراءد العقار على الحائز ، لا يكون تسجيل حكم مرسى المراءد واجبا ، ويؤشر بالحكم فى هامش تسجيل السند الذى تملك بمقتضاه العقار أصلا ، وفى هامش تسجيل إنذار الحائز » .

أما الحكم الذى يصدر بثبوت الشفعة ، فقد نصت المادة ٩٤٤ مدنى فى خصوصه على ما يأتى : « الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيع ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » (١) . وليس هناك شك فى أن الحكم النهائى بثبوت الشفعة يجب تسجيله حتى تنتقل الملكية من البائع إلى الشفيع ، ولكن يقوم الشك فى تحديد وقت انتقال الملكية ، وفيما إذا كان هذا الحكم بثبوت الشفعة ناقلا للملك أو كاشفا عنه . وسنعرض لهذه المسألة عند الكلام فى الشفعة (٢) ، ويكفى هنا أن نقرر أن الرأى الذى استقر فى القضاء هو أن الحكم بثبوت الشفعة هو حكم ناقل للملك ، ومن ثم يجب تسجيله طبقا لأحكام المادة ١/٩ من قانون الشهر العقارى (٣) .

(١) وكذلك يجب تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة حتى يكون حجة على الغير ، يصريح نص المادة ١/٩٤٢ مدنى إذ تقول : « . . . ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل » .

(٢) أنظر مايل فقرة ٢٢٦ - فقرة ٢٣١ .

(٣) محكمة الاستئناف بدوائرها المختصة ٢٩ مارس سنة ١٩٢٢ الهامة ٣ رقم ٢٠٠ ص ٢٦٦ - نقض مدنى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٠ - ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٧ ص ٢٥١ .

وسمى عند الكلام فى الشفعة أنها سبب من أسباب كسب الملكية ، ففى توافرت شروط الأخذ بالشفعة وأعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بها ، فقد حل محل المشتري فى البيع الصادر من البائع وأصبح هذا البيع صادرا له مباشرة ، فنقل إلى الملكية بحلوه محل المشتري وتسجيل الحكم بثبوت الشفعة . فالحكم بثبوت الشفعة فى ذاته ليس إذن نقلا للملك فى رأينا ، بل هو كاشف من ثبوت الحق فى الشفعة . فتسجيله لا يمكن أن يكون على اعتباره حكم ناقل كما تلعب محكمة النقض . ولا يمكن أن يكون على اعتبار أنه حكم بتصرف ، نقلا كان هذا التصرف أو كاشفا =

§ ٢ - ما يترتب على الشهر من أثر

أولاً - التصرف أو الحكم قبل أنه بشهر :

١٣٣ - في قانونه الشهر العقارى : تنص الفقرتان ٣ و ٢ من المادة ٩ من قانون الشهر العقارى على ما يأتى : « ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن » (١) . ويفهم من هذا النص

= لأنه لا يقضى بحصول تصرف ما ، وإنما يقضى بحصول واقعة الشفعة وهى واقعة مركبة وليست تصرفاً محضاً كما سبق القول . وفى رأينا أنه كان يحسن إفراد نص خاص فى قانون الشهر العقارى يقضى بوجوب تسجيل الحكم بالشفعة حتى تنتقل الملكية للشفيع ، فيكون هذا النص هو الذى تشير إليه المادة ٩٤٤ متى إذ تقول كما رأينا : « الحكم الذى يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . وقد ورد هذا النص الخاص فعلاً فى قانون السجل المبنى ، إذ تنص المادة ٣٦ من هذا القانون على أنه « يجب التأشير بإعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة فى صحف الوحدات العقارية ، ويترتب على ذلك أنه إذا تقرر حق الشفيع بحكم قيد فى السجل أن يكون حصة على من ترتبت لهم حقوق مبنية ابتداء من تاريخ التأشير المذكور » .

(١) ين هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (م ١/٧ من المشروع) . وأضيف فى آخره فقرة جديدة تجرى على الوجه الآتى : « ويجوز لمن حصل مع آخرين على حكم نهائى مثبت لحق من هذه الحقوق أن يطلب قصر الشهر على القدر الذى قضى له به . كما يجوز له قصر الشهر على المقارات المقتضى له بها فى جهة معينة » . فإذا صدر حكم نهائى يثبت لشخص ملكية عقارات متعددة ، أو يثبت له مع آخرين ملكية عقار ، فإنه يستطيع ، عند تسجيل هذا الحكم ، أن يقصر التسجيل على المقارات المقتضى له بها فى جهة دون أخرى فيجربى بذلك المقارات المقتضى له بها ، أو يقصر التسجيل على القدر الذى قضى له به دون القدر الذى قضى به لآخرين معه فيجربى بذلك الحكم الذى قضى لمصلحة وللمصلحة الآخرين معه . والظاهر أن الغرض من هذه التجزئة هو التيسير على أصحاب الشأن ، حتى لا يلزموا بدفع رسوم الشهر كاملة عن جميع المقارات المقتضى بها أو عن جميع المقار المقتضى به لأشخاص متعددين . وهذا مماثل لماضى به المشروع (وقانون الشهر العقارى الحالى) من جواز قصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة ، وما قضى به المشروع من قصر شهر الحكم النهائى بالقسمة أو بصحة التعاقد عليها على حصة أحد الشركاء كما سيجي .

أن التصرف أو الحكم غير المسجل لا ينشئ ولا ينقل ولا يغير ولا يزيل الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية الأصلية الأخرى ، لا بالنسبة إلى الغير وليس في هذا جديد فقد كانت هذه هي القاعدة في التقنين المدني السابق ، ولا بين ذوى الشأن وهذا هو الجديد فقد كان التصرف أو الحكم غير المسجل في عهد التقنين المدني السابق ينشئ أو ينقل أو يغير أو يزيل الحق العيني فيما بين ذوى الشأن . فتجريد التصرف أو الحكم غير المسجل من هذا الأثر فيما بين ذوى الشأن كان السياسة التشريعية المرسومة لكل من قانون التسجيل وقانون الشهر العقارى ، بقصد تقوية أثر التسجيل وحمل الناس على المبادرة إلى تسجيل عقودهم . وتوخيا للإيجاز ، نمثل للتصرف أو الحكم الذى من شأنه أن ينشئ أو ينقل أو يغير أو يزيل الحقوق العينية العقارية الأصلية ، بعقد البيع الذى من شأنه أن ينقل ملكية العقار . فتقتصر من التصرفات والأحكام فى عمومها على عقد البيع ، وتقتصر من الآثار على النقل دون الإنشاء والتغيير والإزالة ، وتقتصر من الحقوق العينية العقارية الأصلية على حق الملكية دون الحقوق العينية الأخرى . وذلك لأن عقد البيع الذى من شأنه أن ينقل ملكية العقار هو التصرف الذى يغلب وقوعه فى العمل ، ولأن الأحكام التى تسرى على عقد البيع فيما نحن بشأنه تسرى على جميع التصرفات الأخرى والأحكام التى من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تغير أو تزيل الحقوق العينية العقارية الأصلية .

فالبيع غير المسجل إذن لا ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير ، ولا حتى فيما بين المتعاقدين . ويترتب على ذلك أن المشتري لا يصبح مالكا للعقار المبيع ما دام البيع لم يسجل (١) ، فلا يستطيع أن يرفع على البائع دعوى

== هذا وبمائل قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ قانون الشهر العقارى فيما سنورد من أحكام . وانظر فى أن الملكية فى التقنين المدني السابق تنتقل فيما بين المتعاقدين دون حاجة إلى تسجيل العقد وفى تفضيل المشتري من المورث على المشتري من الوارث : الوسيط : ٢٦٨ ، وفى أن الملكية لا تنتقل إلى الغير إلا بالتسجيل : الوسيط : ٢٦٩ .

(١) وعلى ذلك إذا رهن المشتري ، قبل أن يسجل عقد البيع ، العقار المبيع ، فإن الرهن يكون صادراً من غير مالك . وإذا فسخ البائع البيع لعدم استيفائه الثمن مثلا ، فإنه يسترد من المشتري خالياً من حق الرهن (محمد على عرفة ٢ بقرة ١٨٥) .

استحقاق يطالب فيها بتثبيت ملكيته على العقار المبيع ، وان كان يستطيع كما سنرى أن يرفع دعوى بصفة التعاقد أو دعوى بصفة التوقيع . ويبقى البائع ما لكا للعقار المبيع (١) ، ولكنه مع ذلك يلتزم بتسليمه للمشتري ، وإذا سلمه لم يستطيع استرداده بالرغم من أنه لا يزال مالكا له لأنه ضامن لاستحقاقه . ويجرى هذا الحكم على وارث البائع ، فلا يجوز له أن يمنع عن تسليم المبيع إلى المشتري أو أن يسترده منه بعد أن سلمه لإياه . ولكن إذا باع وارث البائع العقار لمشتري آخر ، فإنه يكون قد باع ما يملك لأن ملكية العقار تكون قد انتقلت إليه من مورثه ، فإذا سجل وارث البائع حق الإرث وسجل المشتري منه عقد شرائه ، فضل المشتري من وارث البائع على المشتري من المورث نفسه إذا سبق الأول الثانى فى التسجيل (٢) .

(١) ويرتب على ذلك أن دائن البائع يستطيع التنفيذ على العقار المبيع الذى لا يزال مملوكا للمدينة ، ويستطيع أن يأخذ عليه حق اختصاص ، بل ويستطيع أن يحمل البيع غير نافذ فى حقه إذا هو سجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشتري البيع (أنظر م ٦١٦ مرافعات) . وانظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٨٨ .

ويرتب على ذلك أيضا أن الملكية لا تنتقل إلى المشتري الذى لم يسجل عقده ، فلا يستطيع هذا المشتري أن ينقل الملكية إلى مشتريه . وقد قضت محكمة النقض بأن حق ملكية العقار لا تنتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل ، فلا تنتقل الملكية لمشتري لم يسجل عقد البيع الصادر إليه . ومن ثم لا يكون لهذا المشتري أن ينقل الملكية لمن اشترى منه ، لأنها لا تووّل إليه هو إلا بتسجيل عقده . ولذلك فقد أورد المشرع بالمادة ٢٣ من قانون الشهر العقارى نصا يقضى بأنه لا يقبل فيما يتعلق بأصل الملكية أو الحق العيني إلا المحررات التى سبق شهرها . فإذا توصل المشتري إلى تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصفته ونفاذه رغم من أن سند البائع له لم يكن قد تم شهره ، فإنه لا يكون من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشتري مالكا ، إذ من غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو البائع له الذى لم تنتقل إليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده (نقض ملف ٢١ يناير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢ ص ٧٣) .

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٧١ - ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن الممول عليه هو الأخذ بنظرية الثرية الإسلامية من اعتبار شخصية الوارث مغايرة لشخصية المورث ، ولذلك فلا محل للمفاضلة بين البيع الذى يصدر من المورث والبيع الذى يصدر من الوارث لصدورهما من شخصين مختلفين . وتكون المبرة بتصرف المالك

ولكن البيع غير المسجل لا يزال بيعا ، فينتج آثاره عدا نقل الملكية بالفعل . ويترتب على ذلك أن البيع غير المسجل ينشئ جميع التزامات البائع ، فيلزم بموجبه البائع بتسليم المبيع إلى المشتري وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية . وينشئ جميع التزامات المشتري ، فيلزم بموجبه المشتري بدفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع^(١) . ففيما يتعلق بالتزامات البائع ، يلتزم هذا بموجب البيع غير المسجل بتسليم العقار المبيع إلى المشتري ، ويجبر على التسليم حتى قبل تسجيل البيع ، وتنتقل تبعه هلاك المبيع إلى المشتري بعد التسليم ولو قبل التسجيل . ويضمن البائع للمشتري التعرض الصادر منه والتعرض الصادر من الغير والاستحقاق ، فلا يجوز للبائع أن يبيع العقار مرة ثانية ، وإذا سجل المشتري الثاني قبل أن يسجل المشتري الأول ضمن البائع للمشتري الأول التعرض الصادر منه الناشئ عن استحقاق المشتري الثاني للعقار . ويضمن البائع للمشتري العيوب الخفيفة ، وللمشتري أن يرجع بدعوى العيب الخفي على البائع حتى قبل أن يتسلم المبيع وحتى قبل أن يسجل البيع . وفيما يتعلق بالتزامات المشتري ، يلتزم هذا بموجب البيع غير المسجل بدفع الثمن والمصروفات وتسليم العقار المبيع ، ويستطيع البائع قبل تسجيل البيع أن يطالبه بتنفيذ كل هذه الالتزامات^(٢) . ويترتب على البيع غير المسجل آثاره بوصفه بيعا ، فيؤخذ فيه بالشفعة ، ولا يؤثر

= الحقيق ، إذ يكون العقد الصادر من هذا المالك هو العقد الصحيح (نقض مدني ٢٨ يونيو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٧٩٤) .

وإذا لم يسجل عقد البيع ، وباع البائع العقار مرة ثانية لمشتري آخر سجل عقده ، فإن ملكية العقار المبيع تنتقل من البائع إلى هذا المشتري الثاني . ويفضل هذا المشتري الثاني الذي انتقلت إليه الملكية على أي شخص يتعامل مع المشتري الأول الذي لم يسجل عقده ولم تنتقل إليه الملكية ، كشتري من هذا المشتري الأول ولوسجل عقده قبل أن يسجل المشتري الثاني من البائع عقده (استئناف مخطط ٣ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١١٦ - ٢٩ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٥١ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٨٦) .

(١) أنظر في ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٧٢ .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٧٦ .

عدم تسجيله في قابلية بيع ملك الغير للإبطال فإذا صدر من غير مالك كان بيع ملك الغير وكان قابلا للإبطال (١).

وينشئ البيع غير المسجل بوجه خاص في ذمة البائع التزاما بنقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري . ولما كان هذا الالتزام لا يمكن تنفيذه إلا بتسجيل عقد البيع ، ولما كان التسجيل يتطلب إجراءات لا بد فيها من تدخل البائع الشخصي إذ لا بد أن يكون مقرا بصدور البيع منه وأن يكون توقيعه مصدقا عليه ، من أجل ذلك كان للمشتري أن يطالب البائع بأن يقوم بالأعمال الواجبة لتسجيل العقد . ولا يكتفى المشتري بأن يطالب البائع بالتعويض عن الإخلال بالتزامه ، بل يجوز له أن يصل إلى إجبار البائع على تنفيذ التزامه عينا ونقل الملكية بالتسجيل عن طريق دعوى صحة التعاقد (٢) .

١٣٤ - في قانونه السجل العيني : والبيع غير المقيد في السجل العيني ، عند ما يكون نظام السجل العيني نافذا ، هو أيضا لا ينقل الملكية إلى المشتري ، ولا يترتب عليه من الأثر سوى الالتزامات الشخصية فيما بين البائع والمشتري . وتنص الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٢٦ من قانون السجل العيني في هذا المعنى على ما يأتي : « ويترتب على عدم القيد أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المقيدة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن » .

وكل ما ذكرناه في شأن البيع غير المسجل في قانون الشهر العقاري (٣) ، يصدق بالنسبة إلى البيع غير المقيد في السجل العيني . فالمشتري لا يصبح مالكا للعقار المبيع ما دام البيع لم يقيد في السجل العيني ، ويبقى البائع مالكا

(١) أنظر في ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٧٧ . ولكن البيع المسجل لا يصلح سببا صحيحا في التقادم المكسب القصير لوردد نص صريح يقضى بأن يكون السبب الصحيح مسجلا (م ٣/١٦٩ ملف) .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٧٣ - وفي دعوى صحة التعاقد الوسيط ٤ فقرة ٢٧٤ - وفي دعوى صحة التوقيع الوسيط ٤ فقرة ٢٧٥ .

(٣) أنظر آنفا فقرة ١٣٣ .

العقار المبيع ، ولكنه مع ذلك يلتزم بتسليمه للمشتري ، كما يلتزم بضمان العرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية . ويلتزم المشتري ، بموجب البيع غير المقيد ، بدفع الثمن والمصروفات وتسلم المبيع . ويفضل المشتري من وارث البائع على المشتري من المورث نفسه ، إذا سبق الأول الثاني إلى قيد عقده في السجل العيني . ويؤخذ في البيع غير المقيد بالشفعة ، كما يؤخذ بالشفعة في البيع غير المسجل . ويبدو أن البيع غير المقيد في السجل العيني لا يزال ينشئ التزاما بنقل الملكية في ذمة البائع (١) .

ثانيا : التصرف أو الحكم بعمره شهر :

١٣٥ - في قانونه الشهر العقاري : وتتخذ هنا أيضا عقد البيع المسجل

(١) ولكن هل يجوز تنفيذ هذا الالتزام عينا ، كما يجوز تنفيذه عينا في قانون الشهر العقاري من طريق دعوى صحة التعاقد ؟ ورد في المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني ، في خصوص المهرات التي يجوز قبولها لإجراء تغيير في البيانات الواردة في السجل العيني وحضرها في قسمين ، ما يأتي : « (القسم الأول : المهرات الموثقة الصادرة عن ملك التصرف في الحقوق الثابتة في السجل . حل أن الرسمية لا تعتبر ركنا في التعاقد ، ولكنها شرط جوهري لقيد المهرات في السجل ، بحيث لا يسوغ قيدها استنادا إلى عقد عرفي ولو صدر به حكم بصحة التعاقد » . والظاهر من ذلك أنه طبقا لقانون السجل العيني ، يبق عقد البيع العرفي غير المقيد منشئا لالتزامات شخصية ، ومنها الالتزام بنقل الملكية . ولكن هذا الالتزام بنقل الملكية لا يمكن تنفيذه عينا ، ونقل الملكية بالفعل ، إلا إذا قيد البيع في السجل العيني . والبيع لا يجوز قيده في السجل العيني إلا إذا كان موثقا في محرر رسمي ، ولا يسوغ قيد البيع العرفي في السجل ولو صدر به حكم بصحة التعاقد . ويخلص من ذلك أن البيع العرفي غير المقيد ، طبقا لقانون السجل العيني ، ينشئ التزاما بنقل الملكية ، ويلزم البائث باتخاذ الإجراءات اللازمة لنقلها . ومن هذه الإجراءات أن يشارك البائع المشتري في توثيق محرر رسمي بالبيع ، حتى يمكن قيد البيع في السجل العيني . فإن امتنع البائع عن توثيق البيع ، لم يعد هناك سبيل لقيد البيع في السجل العيني ، ولو عن طريق حكم بصحة التعاقد يصدر بناء على عقد البيع العرفي . ومن ثم لا يكون أمام المشتري إلا مطالبة البائع بالتعويض ، لامتناعه عن القيام بالتزامه من توثيق البيع تمهيدا لقيد في السجل العيني . فإن أنكر البائع صدور البيع العرفي منه أو أنكر صحته ، وجب على المشتري دفع دعوى واستصدار حكم بصحة التعاقد ، ولكن هذا الحكم لا يمكن قيده في السجل العيني كما سبق القول . وكل ما يستطيعه المشتري في هذه الحالة ، وقد ثبت صحة البيع بالحكم الصادر في هذا الشأن ، هو أن يطالب البائع بالتعويض لإخلاله بالتزامه من اتخاذ الإجراءات اللازمة لتوثيق البيع . ويكون موقف المشتري بعد صدور الحكم بصحة التعاقد هو نفس موقفه بالنسبة إلى عقد بيع عرفي لم ينكر البائع صحته . ففى الحالتين لا يستطيع المشتري ، إذا امتنع البائع عن توثيق عقد البيع ، إلا أن يطالب بالتعويض .

نموجاً للتصرف أو الحكم المسجل ، لنفس الاعتبار التي قلعتها (١) .
وغنى عن البيان أن جميع الآثار التي يرتبها البيع قبل أن يسجل تبقى قائمة
بعد أن يسجل البيع . فيبقى البيع بعد تسجيله ، كما كان قبل تسجيله ، منشأ
لالتزامات في جانب المشتري هي دفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع ، ومنشأ
لالتزامات في جانب البائع هي تسليم العقار المبيع وضمان التعرض والاستحقاق
وضمان العيوب الخفية . ويؤخذ في البيع المسجل بالشفعة بداهة ، ويصلح
البيع المسجل سبباً صحيحاً في التقادم المكسب القصير ، بل أصبح البيع
المسجل دون البيع غير المسجل هو الذي يصلح سبباً صحيحاً في التقادم المكسب
القصير في التقنين المدني الجديد (م ٣/٩٦٩ مدني) ، ويبقى بيع ملك الف
قابلاً للإبطال قبل التسجيل وبعده .

ويزيد البيع المسجل في آثاره على البيع غير المسجل في أنه ينقل ملكية
العقار فعلاً من البائع إلى المشتري ، وذلك فيما بينهما وبالنسبة إلى الغير .
ويشترط في ذلك أن يكون العقار وقت البيع مملوكاً للبائع فلا ينقل بيع
ملك الغير الملكية ولو سجل البيع ، وأن يكون البيع جدياً غير صوري وغير
مزور ، وأن يكون صحيحاً فالبيع الباطل لا ينقل الملكية ولو سجل . ويستخلص
ذلك من طبيعة التسجيل والمهمة التي يقوم بها ، فالتسجيل في قانون الشهر
العقاري ، بخلاف القيد في قانون السجل العيني ، مهمته شهر المحرر على
علائه . والبيع بعد التسجيل يبقى كما كان قبل التسجيل ، فإن كان صادراً
من غير المالك لم ينقل الملكية بالرغم من تسجيله ، وإن كان صورياً أو مزوراً
يبقى بعد التسجيل كذلك ، وإن كان باطلاً يبقى بعد التسجيل على بطلانه
إذ التسجيل لا يصحح البطلان . فالذي ينقل الملكية إذن ، في نظام الشهر
العقاري ، هو العقد ذاته وليس التسجيل (٢) .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٣٣ .

(٢) وتقرب محكمة النقض من ذلك إذ تقول : « إن الملكية لا تنتقل بالتسجيل وحده ،
وإنما تنتقل بأمرين : أحدهما أصل أساسي وهو العقد الصحيح لنقل الملكية ، والثانيها تبني
وهو التسجيل . وإذن فالمعقود الصوري المبني على النش والندس لا يصحها التسجيل (نقض
مدني ٣ يونيو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٨ ص ١٨٢) . وتقرب من كبيرة ص ٩
وص ١١ (وإذا جاز أن يقال إن العقد المسجل وهو الذي ينقل ملكية العقار واقعة مركبة من
تصرف قانوني هو العقد ومن واقعة مادية هي التسجيل ، وجب أن يقال أيضاً إن عنصر
التصرف القانوني في هذه الواقعة المركبة هو العنصر الثابت ، والواقعة المركبة كالواقعة
المختلطة قد ينتطب فيها عنصر على عنصر آخر) .

ونتائج البيع المسجل في نقله الملكية فيما بين المتعاقدين ، وفي نقله الملكية بالنسبة إلى الغير :

١ - فالبيع المسجل ينقل الملكية ، على النحو الذي قدمناه ، فيما بين المتعاقدين . ويترتب على ذلك أن يكون للمشتري حق التصرف في العقار المبيع باعتباره مالكا ، ولو قبل أن يتسلمه من البائع . ويترتب على ذلك أيضا أنه إذا أفلس البائع بعد التسجيل وقبل تسليم المبيع ، جاز للمشتري أن يأخذ عين العقار المبيع من تغطية البائع باعتباره قد أصبح مالكا له دون أن يزاحمه فيه دائر البائع . والرأى الذي استقر عليه القضاء والفقهاء هو أن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت التسجيل ، فليس لانتقالها أثر رجعي يستند إلى وقت البيع . بهذا صرحنا المذكرة الإيضاحية لقانون الشهر العقاري (١) ، وعلى هذا جرى قضاء محكمة النقض (٢) . وهناك رأى معارض يذهب إلى أن للتسجيل أثرا رجعيا فيما بين المتعاقدين ، أما

(١) وقد جاء فيها ما يأتي : « أما الفقرتان الثانية والثالثة من هذه المادة (التاسعة) ، فهما مطابقتان للفقرتين الثانية والثالثة من المادة الأولى من القانون الحالي (قانون التسجيل) . ولم ير إجراء أي تعديل في نصوصها ، اكتفاء بما استقرت عليه أحكام محكمة النقض والإيرام تفسيراً لهذه النصوص . وهذه الأحكام تقضي بأن الحقوق البينية المشار إليها في هذه المادة لا تنشأ ولا تنتقل ولا تفسر ولا تزول إلا بالتسجيل ومن تاريخ هذا التسجيل ، دون أن يكون لهذا التسجيل أثر رجعي ينسحب إلى تاريخ التصرف نفسه » .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم الذي يقضي برفض دعوى الشفعة بناء على أن الشفع لم يكن مالكا لعين المشفوع بها يوم اشتراها بل من تاريخ تسجيل عقد الشراء ، لا يكون مخالفاً للقانون في نفيه الأثر الرجعي للتسجيل . وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي : « وحيث إن استناد أثر الشرط إلى الماضي . . إنما يصح حيث يكون التطبيق على الشرط ناشئا عن إرادة المتعاقدين ، أما حيث يكون القانون هو الذي قرره الشرط وعلق عليه حكما من الأحكام ، فإن الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه ، أما قبله فلا . ذلك لأن الأصل أن الأثر لا يسبق الموتر . غير أن الشارع قد لاحظ أن العاقدين إذ يطلقان اتفاقهما على شرط - أي على أمر مستقبل قد يوجد وقد لا يوجد - يكونان جاهلين مآل الشرط فلا يعرفان هل يتحقق أو يتخلف ، فقدر أهما لو كانا على علم بهذا المآل لأقاما عليه اتفاقهما منذ البداية . وعلى هذا التقدير أو الفرض القانوني قاست نظرية الأثر الرجعي للشرط ، ولا مبرر لها في الشرائع التي أخذت بها إلا أنها تعبر عن إرادة العاقدين ، فقصر تطبيقها من أجل ذلك على دائرة الاتفاق . وقد ألزم القانون نفسه هذه الدائرة ، فأورد نص المادة ١٠٥ (من القانون السابق) التي قررت الأثر الرجعي للشرط في باب التمهيدات والقيود ، وعلى ذلك فلا محل -

بالنسبة إلى الغير ^(١) فليس له بطبيعة الحال هذا الأثر ولا تنتقل الملكية بالنسبة إلى الغير إلا من وقت التسجيل .

ونحن نؤثر هذا الرأي المعارض ، لأنه هو الرأي الذى يتفق مع طبيعة عقد البيع وطبيعة نظام التسجيل ومقتضيات الصناعة القانونية ، وقد أسهنا في الدفاع عن هذا الرأي عند الكلام في عقد البيع ^(٢) . وبيننا أن القول بالأثر الرجعى أكثر استساغة من ناحية الصناعة القانونية ، إذ هو الذى يفسر تفسيراً مستساغاً أن ثمر البيع ونماءه يكون للمشتري من

حاصلين هذا النص في غير هذا الباب . وبصفة خاصة لا عمل لتطبيقه على ما كان من الشروط جلياً مردوداً إلى إرادة الشارع - كشرط التسجيل لنقل الملكية - لأن هذا النوع من الشروط باق على الأصل ، فلا انسحاب لأثره على الماضي . وحيث إنه فضلاً عما تقدم فإن القول بالأثر الرجعى للتسجيل فيه منافية لمقصود الشارع من وضع قانون التسجيل . وذلك لأن هذا القول يغير من جديد التمييز بين الغير وبين المتعدين ، والقضاء على هذا التمييز بالذات كان بعض ما أريد بوضع هذا القانون . ثم إن هذا القول أيضاً من شأنه أن يصف جزاء عدم التسجيل ، في حين أن واقع القانون المذكور إنما أراد أن يكون هذا الجزاء صارماً رادعاً ليحلل المتعاملين على المبادرة إلى التسجيل قصد تهديد الطريق لنظام السجلات العقارية المرجو إنشاؤها في المستقبل . (نقض مدني ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة محرر ٥ رقم ١١٢ ص ٢٥٥ - وانظر أيضاً نقض مدني ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة ٢ رقم ١٦٤ ص ٤٩٧ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٥ ص ١١٨ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤ - ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٤ ص ٢٠٩) .

وانظر في تفصيل الرأي الذى استقر عليه القضاء والفقه من أنه ليس للتسجيل أثر رجعى فيما بين المتعدين : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٠ - فقرة ٢٨١ - وانظر في استقرار الفقه على هذا الرأي الوسيط ٤ فقرة ٢٨١ ص ٥١٢ هاش ١ - يضاف محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٠٧ فقرة ٢٠٩ - حسن كيرة ص ٠٩ .

(١) والمقصود بالتغير كل شخص يثبت له على العقار المبيع حق عيني مصلوه تصرف قانوني يخضع للشهر ، ويقوم هذا الشخص فلا بشهره . فإذا باع شخص عقاراً ، وقبل تسجيل عقد البيع باعه إلى مشتري ثان أو رته لدائن مرتين ، فلا يكتفى لاعتبار المشتري الثاني للعقار أو الدائن المرتين غير أن يتم البيع أو الرهن ، بل يجب أيضاً على المشتري الثاني أن يسجل عقد البيع الصادر له ، وعلى الدائن المرتين أن يقيدهما عقد الرهن ، حتى يمكن اعتبارهما من الغير . فإذا شهر كل منهما حقه على هذا الوجه ، لم يميز للمشتري الأول من البائع أن يحتج عليهما بمقدمه إلا من وقت تسجيل هذا العقد ، فإذا كان لم يسجل أو سجل بعد تسجيل البيع الثاني أو يقيده الرهن نفذ البيع الثاني أو الرهن في حق المشتري الأول .

(٢) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٢ - فقرة ٢٨٩ .

وقت تمام البيع لا من وقت تمام التسجيل ، وعليه تكاليف المبيع من وقت تمام البيع كذلك (م ٤٥٨) . وهو الذى يفسر تفسيراً مستساغاً أيضاً أن البائع إذا أحدث بناء فى الأرض المبيعة قبل تسجيل عقد البيع يعامل معاملة البانى بسوء نية فى أرض غيره . وهو الذى يفسر تفسيراً مستساغاً كذلك أنه إذا تصرف المشتري فى المبيع قبل أن يسجل عقد شرائه يعتبر فى بعض الفروض فى مترلة من يتصرف فيما يملك (١) .

ثم بينا أن هناك فروضاً يكون فيها القول بالأثر الرجعى ليس فحسب القول الأكثر الاستساغة من ناحية الصناعة القانونية ، بل هو وحده القول الحق . ونقتصر هنا على الإشارة إلى فرضين من الفروض الخمسة التى سبق أن ذكرناها . فلو فرضنا مشترياً لعقار لم يسجل عقده ، ويبيع عقار مجاور لهذا العقار توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب الأخذ بالشفعة ثم سجل عقده ، فلو أخذنا بالأثر الرجعى لاعتبر المشتري مالكا للعقار المشفوع به قبل بيع العقار المشفوع فيه ولأمكنه الأخذ بالشفعة . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعى ، وهذا ما فعلته محكمة النقض ، فإن المشتري لا يعتبر مالكا للعقار المشفوع به إلا بعد بيع العقار المشفوع فيه ، فلا يمكنه الأخذ بالشفعة . وتؤثر الأخذ بالأثر الرجعى ، وإعطاء المشتري الحق فى الأخذ بالشفعة (٢) . ولو فرضنا أن شخصاً باع داراً وقبل أن يسجل المشتري

(١) أنظر فى تفصيل كل ذلك الوسيط : ٤ فقرة ٢٨٢ - وقد عقبنا على ذلك بما يأتى : « والواقع من الأمر أننا نواجه فى الأمثلة التى قمنا بها الموقف الآتى : المشتري لم يسجل عقد شرائه ، ولكنه حصل فعلاً على المزايا التى كان يحصل عليها لو أن الملكية قد انتقلت إليه من وقت البيع . فهو يكسب ثمرة المبيع من هذا الوقت ، ويستطيع أن يتصرف فى المبيع قبل أن يسجل ، ولا يستطيع البائع أن يبنى فى الأرض المبيعة وإلا اعتبر بانياً فى أرض غيره . ونريد أن نعلم هذه المزايا . فبدلاً من تحليلها التحليل القريب المستساغ وذلك بالقول بأنه متى سجل المشتري العقد اعتبرت الملكية منتقلة إليه من وقت تمام العقد فساغ أن يحصل على المزايا المتقدمة الذكر . نلجأ إلى تحليلات مختلفة لكل حالة تحليلها الخاص ، وجانب الإغراب فى جميعها يظهره (الوسيط : ٤ فقرة ٢٨٣ ص ٥٢٤) .

(٢) وقد ذكرنا تقييماً على ذلك : « ولوقلنا بالرأى الذى ذهب إليه محكمة النقض ، لترتب على ذلك أن الشفعى يكون فى هذه الحالة هو المالك السابق الذى باع المشتري العقار المشفوع به ، فقد كان مالكا لهذا العقار وقت بيع العقار المشفوع فيه . ولاشك فى أنه بين -

عقد شرائه أجر البائع الدار لشخص آخر ، ثم سجل المشتري . فإذا أخذنا بالأثر الرجعي لكانت ملكية الدار قد انتقلت إلى المشتري قبل صدور عقد الإيجار ، فلا يسرى الإيجار في حق المشتري . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي ، فإن ملكية الدار لا تنتقل إلى المشتري إلا من وقت إجراء التسجيل . أي في وقت نال لصدور الإيجار ، فيسرى الإيجار في حق المشتري . ونؤثر الأخذ بالأثر الرجعي هنا أيضا ، فلا يكون الإيجار ساريا في حق المشتري (١) .

وبينا بعد ذلك أن القول بالأثر الرجعي هو الذي يتفق مع القواعد العامة ، ذلك أن مهمة التسجيل في نظام الشهر الشخصي وهو النظام المعمول به في قانون الشهر العقاري هي إعلام الناس بوقوع التصرف وليست نقل الحق ، فالعقد في هذا النظام هو الذي ينقل الحق . أما مهمة القيد في نظام السجل العيني فهي نقل الحق ، إذ القيد في هذا النظام وليس العقد هو الذي ينقل الحق (٢) .

= المالكين المتعاقبين - البائع للمغار المشفوع به المشتري إياه - المشتري هو الباقي مجاورا للمغار وهو الأول بالأخذ بالشفعة ، إلا إذا قيل إن الشفعة في هذه الحالة لا تكون لأحد منهما فيحتل بذلك حق قرره القانون وتبيأت الأسباب لكسبه (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٨) . (١) ويمكن القول أيضا ، في عهد قانون الإصلاح الزراعي ، إنه لو باع شخص لأخر أرضا زراعية بعقد ثابت التاريخ قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعي ، ثم سجل العقد بعد نفاذ هذا القانون ، فإن ملكية الأرض تنتقل فيما بين البائع والمشتري من تاريخ العقد لا من تاريخ التسجيل ، أي قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعي لا بعد نفاذه ، وقد يترتب على ذلك نتائج هامة (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٨ هامش ٢) . وانظر في تفصيل الفروض الخمسة التي ذكرنا أن للقول بالأثر الرجعي فيها هو القول الحق : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ .

(٢) وقد ذكرنا بعد ذلك : فيجب إذن ، في نظام الشهر الشخصي ، أن يزده كل من العقد والتسجيل مهمته في حدودها المرسومة . فينقل العقد الملكية إذ هو السبب في نقلها ، ولا يترأى المسبب عن السبب إلا مانع . ولا يوجد فيما بين المتعاقدين مانع من إعمال السبب في الحال ، والتسجيل ليس بمانع ، فهمته كما قلنا إعلام الناس بوقوع التصرف والمتعاقدان يعلمان بوقوع التصرف قبل التسجيل فهما اللذان بإشراء . أما بالنسبة إلى الغير ، فهناك مانع من إعمال السبب في الحال ، فوجب أن يترأى المسبب حتى يقوم التسجيل بمهمته وهي إعلام هذا الغير بوقوع التصرف . ومن ثم لا يجوز ، كأصل عام ، في نظام شهر شخصي أن يترأى =

وبينا أخيراً أن القول بالآثر الرجعي لا يتعارض مع نصوص القانون ،

= انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين إلى وقت إجراء التسجيل ، والا انتقلنا إلى نظام الشهر المبيع في ناحية من دون أن نغفل التواصي الأخرى . ولكن المشرع ، في قانون التسجيل وفي قانون تنظيم الشهر العقاري ، نص صراحة على أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل حتى فيما بين المتعاقدين . يقال عادة إن هذه خطوة أراد أيها المشرع أن يثبت المتعاقدين على المبادرة إلى تسجيل عقودهم ، فأرجأ نقل الملكية فيما بين المتعاقدين حتى يتم التسجيل . ولكن حتى يصل المشرع إلى تحقيق هذه الغاية ، يتحتم عليه أن يجعل التسجيل ذاته لا المقعد هو الذي ينتقل الملكية . أما إذا جعل البيع هو الذي ينتقل الملكية ، وأرجأ مع ذلك نقل الملكية فيما بين المتعاقدين إلى وقت إجراء التسجيل ، فبقي ذلك أن التسجيل هو الذي ينتقل الملكية فيما بين المتعاقدين لا البيع . ومعنى ذلك أيضاً أن المشرع يخلط بين نظامين متعارضين ، نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر المبيع . أما ونحن لا نزال في نظام الشهر الشخصي ، ولا نزال نعتبر البيع عقداً رضائياً هو السبب القانوني في نقل الملكية ، فلا بد من إعمال البيع وإنتاج أثره في الحال حيث لا يحول دون ذلك مانع . وأثره هو نقل الملكية ، فينبغي أن ينقلها في الحال . ولكن لما كان نقلها بالنسبة إلى الغير يقتضي إعلام الغير بالبيع وحله في مهمة التسجيل ، فقد وجب القول بأن انتقال الملكية لا ينفذ - وهذا أدق من القول بأن الملكية لا تنتقل - في حق الغير إلا من وقت إجراء التسجيل . ولما كان نقلها فيما بين المتعاقدين لا يكون إلا بالتسجيل إذ جاء النص صريحاً في ذلك ، فقد وجب القول بأن انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين يجب لتحقيقه إجراء التسجيل مطوعة لنص ، ووجب القول في الوقت ذاته بأن الملكية بعد تسجيل البيع تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت تمام البيع لامن وقت التسجيل مطوعة للمبادئ العامة ، ولطبيعة البيع الذي لا يزال هو السبب في نقل الملكية ، ولمهمة التسجيل في نظام الشهر الشخصي التي لا تزيد على إعلام الغير بوقوع التصرف ولأنه لما في العلاقة ما بين المتعاقدين (الوسيط) ، فقرة ٢٨٥ ص ٥٣٠ - ص ٥٣٢) . وانظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٨٥ .

وذكرنا أيضاً في هذا المعنى : « والواقع أننا نشك كثيراً في فائدة استحداث قانون التسجيل وقانون الشهر العقاري لقاعدة انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين بالتسجيل مع البقاء في نظام الشهر الشخصي . فادعنا في هذا النظام مضطرين إلى التسليم بأن البيع لا التسجيل هو سبب كسب الملكية ، فإن هذه القاعدة المستحقة لا ترتب عليها أهمية كبيرة . وأكبر خطر يتعرض له المشتري المتقاعد عن التسجيل لا يزال هو خطر تصرف البائع إلى مشتر آخر وسبق هذا إلى تسجيل مقعد ، وهذا الخطر كما نرى لا يرجع إلى قاعدة انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين ، بل إلى قاعدة انتقالها بالتسجيل في حق الغير . أما انتقال الملكية بالتسجيل فيما بين المتعاقدين ، فلا تظهر أهميته السلبية حقاً إلا في نظام الشهر المبيع حيث التسجيل ذاته هو الذي ينتقل الملكية ، فيجب إذن أن يكون نقلها من وقت إجراء التسجيل ، سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين » (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٥ ص ٥٣٠ هامش ٢) . وانظر في أن نفي الأثر الرجعي لم يكن من شأنه أن يقاوم الناس إلى تسجيل عقودهم بعد صدور قانون التسجيل بأكثر مما كانوا يفعلون قبل صدوره : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٥ ص ٥٣٠ هامش ٢ .

فالمادة التاسعة من قانون الشهر العقاري توجب تسجيل البيع ، وترتب على عدم تسجيله أن الملكية لا تنتقل ، لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير . ويؤخذ من ذلك أن البيع إذا سجل ، انتقلت الملكية به فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير . هذا كل ما ورد في النص صراحة أو دلالة ، ولم يعرض النص لتحديد الوقت الذي تنتقل فيه الملكية إذا ما سجل البيع . فوجب أن نرجع في ذلك إلى مهمة التسجيل في نظام الشهر الشخصي وإلى طبيعة البيع بعد صدور قانون الشهر العقاري . فهمة التسجيل تحدد الوقت الذي تنتقل فيه الملكية بالنسبة إلى الغير ، ولا يمكن أن يكون إلا وقت إجراء التسجيل . وطبيعة البيع تحدد الوقت الذي تنتقل فيه الملكية فيما بين المتعاقدين ، فإما دامت الملكية تنتقل بالبيع وجب أن تنتقل عند تمامه ، ولا تحول مهمة التسجيل دون ذلك . ثم صدر التقنين المدني الجديد بعد صدور قانون الشهر العقاري ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٩٣٤ من هذا التقنين على أنه « في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المينة في قانون تنظيم الشهر العقاري » . وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني في هذا الصدد ما يأتي : « أما في العقار فلا تنتقل الملكية . ولا الحقوق العينية الأخرى ، حتى فيما بين المتعاقدين ، إلا بالتسجيل . ولكن متى تم التسجيل تعتبر الملكية منتقلة ، فيما بين المتعاقدين ، من وقت العقد لا من وقت التسجيل ، لأن سبب نقل الملكية هو العقد » (١) .

٢ - والبيع المسجل ينقل الملكية ، على النحو الذي قدمناه أيضا (٢) ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤١ - وانظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٦ .

(٢) أى إذا كان البيع صادراً من المالك للعقار المبيع ، وكان ييماً جدياً لا صورياً ولا مزوراً ، ولم يشبه البطلان . وقد سبق أن قلنا في هذا الصدد : « ويشترط في التفضيل بحسب أسبقية التسجيل أن تكون التصرفات المتنازعة صادرة من شخص واحد هو المالك ، وأنها جميعاً تصرفات صحيحة نافذة . فإذا صدر تصرف من المالك ، فضل ولولم يسجل على تصرف من غير المالك ولوسجل ، ولكن المشتري من غير المالك يملك بالتقدم الخمس إذا سجل عقده وكان حسن النية . وإذا سبق إلى التسجيل تصرف باطل أو صوري ، فضل عليه التصرف الصحيح النافذ ولوسجل به ذلك » (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٧ ص ٣٦٦ هامش ٣) . وقد قضت =

بالنسبة إلى الغير (١) . ولا يكون انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير إلا من وقت إجراء التسجيل ، ما في ذلك من خلاف . والأصح أن يقال إن الملكية تنتقل بالبيع ، ولكن انتقالها لا يكون نافذاً في حق الغير إلا من وقت إجراء التسجيل . فلو أن شخصاً باع عقاراً مملوكاً له لمشتري ثم باع نفس العقار لمشتري ثان ، وسجل المشتري الثاني قبل أن يسجل المشتري الأول ، فإن المشتري الثاني يعتبر من الغير بالنسبة إلى المشتري الأول ، ولا يحتج عليه بالبيع الصادر إلى المشتري الأول إلا من وقت تسجيله ، أى في وقت متأخر عن تسجيل عقده هو . ومن ثم لا ينفذ في حقه البيع الأول ، وبذلك يفضل على المشتري الأول (٢) . ولكن هل يشترط في تطبيق هذه القاعدة ، وتفضيل المشتري الثاني على المشتري الأول في الفرض الذي نحن بصدد ، أن يكون المشتري الثاني حسن النية وقت أن اشترى ، أى لا يعلم أن هناك مشترياً سبقه إلى شراء العقار وأن هذا المشتري لم يسجل عقده ؟ عرضنا لهذه المسألة بالتفصيل عند

محكمة النقض بأنه متى كانت المحكمة قد أسست قضائها بالملكية على عقد الشراء وعلى تسجيل الحكم الصادر بصحة التوقيع عليه إلى جانب صورية عقد الشراء الآخر الصادر من البائع نفسه وانعدام أثر تسجيله ، فإن ذلك تسبب كاف لقيام الحكم (نقض مدني ٧ يونية سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام ص ٧٠١) . وقضت أيضاً بأنه إذا ثبتت صورية عقد البيع صورية مطلقة ، فإنه يكون باطلاً ولا يترتب عليه نقل ملكية القدر المبيع ولو كان مسجلاً ، إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقداً باطلاً . وإن المفاضلة بين عقدي بيع صادرين من مالك واحد بأسبقية التسجيل ، لا تكون إلا بين عقدين صحيحين (نقض مدني ٢٧ مايو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٠٥ ص ٦٥٥) .

(١) فإذا باع المالك عقاره لمشتريين متعاقبين ، فأسبقهما في التسجيل هو المالك . وإذا ادعى المشتري الآخر أنه ملك العقار بالتقدم ، فعليه هو إثبات ذلك (نقض مدني ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٤٧ ص ٩٢٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المشتري قد سجل عقده الذي شل الأطلاق موضوع عقد البذل المبرم بين البائع والطاعن قبل أن يسجل الطاعن صحيفة دعواه بصحة ونفاذ عقد البذل ، فإن ملكية هذه الأطلاق تكون قد انتقلت إلى المشتري من تاريخ تسجيل عقده ، ولم يعد بذلك لعقد البذل محل يرد عليه . فإذا قضى الحكم المطعون فيه ، في هذه الحالة ، برفض طلب صحة ونفاذ عقد البذل ، فإنه لا يكون مخالفاً للقانون (نقض مدني ٢٤ مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٩٧ ص ٧٠٨) .

الكلام في البيع ^(١) ، واستعرضنا فيها المهود الثلاثة : عهد التقنين المدني السابق ، وعهد قانون التسجيل ، وعهد قانون الشهر العقاري .

ففي عهد التقنين المدني السابق ، كان الرأي الراجح هو اشتراط حسن النية في التسجيل حتى ينتج أثره . فإذا كان المشتري الثاني الذي يبيع أولاً يعلم وقت أن اشترى أن هناك مشترياً سبقه إلى شراء العقار ولم يسجل عقده ، فبادر هو إلى التسجيل ، فإن التسجيل في هذه الحالة لا ينتج أثره لعدم توافر شرط حسن النية ، ومن ثم يفضل عليه المشتري الأول ^(٢) .

وفي عهد قانون التسجيل ، ذهبت محكمة النقض إلى أنه لا يشترط في التسجيل حسن النية ، فينتج التسجيل أثره حتى لو كان المشتري الثاني سعى النية يعلم وقت أن اشترى بسبق تصرف البائع في العقار المبيع ، بل وحتى لو كان المشتري الثاني متواطئاً كل التواطؤ مع البائع على حرمان المشتري الأول من الصفقة ، فلا يقبل مطلقاً الاحتجاج على صاحب العقد المسجل الذي انتقلت إليه الملكية فعلاً بتسجيله لا بسوء نية ولا بتواطئه مع البائع ^(٣) .

(١) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٧ - فقرة ٢٩٠ .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٨٨ .

(٣) نقض مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٨ ص ٩٧٥ - ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٧ ص ٣٠٧ - ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٤٣ ص ١١٣ - ٢٧ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٦ ص ٧٠٧ - وقد قلنا في هذا الصدد : « فارتفعت محكمة النقض بالتسجيل ، هذا الرأي الذي اعتقته ، إلى أعلى مرتبة من القوة . ولكن لا يفهم من قضائها هذا أن المشتري الأول ، الذي تواطأ البائع والمشتري الثاني على الإضرار به ، يصبح محروماً من الحماية . لا يستطيع هذا المشتري حقاً أن يتعرض لتسجيل فيبطله للتواطؤ . ولكن يستطيع أن يطالب البائع بتعويض ويتقاضاه مما عنده من مال ، إن كان البائع موسراً . فإذا كان مصرراً وكان البيع المسجل هو الذي سبب الإضرار أوزاد فيه ، جاز للمشتري الأول أن يطن في البيع المسجل بالدعوى البوليصة ، ولكن لا لتثبيت ملكيته في العقار المبيع ، بل لتنفيذ عليه بالتعويض المستحق له ، ويزاحمه في ثمن العقار دائنو البائع الآخرون على النحو الذي قدمناه . وإذا كانت محكمة النقض ، بقضائها هذا ، مدفوعة إلى تخصيص التسجيل من كل طعن وتقويته إلى حد يجعله يقرب من قوة التسجيل في نظام السجل العقاري ، فقد تكون بذلك قد سارت إلى مدى أبعد مما يحتمله نظام الشهر الشخصي الذي لا نزال فيه حتى اليوم . في نظام السجل العقاري يصل التسجيل إلى هذه المرتبة من القوة ، لأن هناك =

وفي عهد قانون الشهر العقاري ، وهو العهد الحاضر ، فإن محكمة النقض ، بعد أن قصد واضعو قانون الشهر العقاري باغفالهم إيراد نص صريح في هذه المسألة أن يتركها لحكم المبادئ العامة (١) ، بقيت مع ذلك مصرة على المبدأ الذي قرره في عهد قانون التسجيل من أن التواطؤ لا يفسد العقد المسجل ، وأنه لا يجوز الطعن في هذا العقد إلا بدعوى الصورية أو بالدعوى البولصية (٢) . وقد بينا أن الموقف الذي نراه متفقاً مع المبادئ العامة

= ضمانات قوية لصيقة بهذا النظام يأمن بها المتعاملون من أن تضيع عليهم حقوقهم . فلا يسجل عقد قبل أن تتحرى صحته إلى أبعد حدود التحري ، وقبل أن تفحص التصرفات السابقة عليه فحصاً دقيقاً ، ثم يعرض من يشار بهذا النظام تمويصاً تكفله خزانة السجل العقاري ذاتها . أما هذه الضمانات لا تزال تموز النظام الشخصي القائم ، فلا نرى بداً من الاعتداد بالتواطؤ إذا داخل التسجيل ، فيبطل التسجيل إذا أثبت المشتري الأول أن المشتري الثاني الذي سبقه إلى التسجيل كان متواطئاً مع البائع . (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٩ ص ٥٤١ - ص ٥٤٤ - وانظر في تفصيل ما كان القضاء يجرى عليه في عهد قانون التسجيل : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٩) .

(١) وذلك بعد أن انتزع واضعو قانون الشهر العقاري من النصوص أقوى حجة كانت محكمة النقض تستند إليها ، فقد كانت المادة الثانية من قانون التسجيل تنص صراحة على أن التدليس يفسد التسجيل في العقود الكاشفة ، وكانت المادة الأولى من هذا القانون تغفل هذا النص في العقود المنشئة ، فهل على محكمة النقض استخلاص أن التدليس لا يفسد التسجيل في العقود المنشئة عن طريق الدلالة المكية . فأغفل قانون الشهر العقاري النص في المادة العاشرة منه على أن التدليس يفسد التسجيل في العقود الكاشفة ، كما أغفل النص على ذلك في المادة التاسعة منه في العقود المنشئة ، فلم يمه من المستطاع استخلاص عدم فساد التسجيل بالتدليس عن طريق الدلالة المكية في طائفة من العقود دون الأخرى ، وأصبح أثر التدليس في التسجيل واحداً في الطائفتين معاً ، وموكلأ أمره إلى المبادئ العامة (الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٤٦) .

(٢) نقض مدني ٧ يونيو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٩ ص ٩٤٤ - ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٦ ص ١١٣٨ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٢ - ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩١ ص ٥٧٢ - ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٥ ص ٥٨١ - أول ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٠ ص ١٥٣٦ - ١٤ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٩ ص ١٥٣ - ٣ أبريل سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٣٦ ص ٣٣٠ . وتابع قضاء محكمة النقض كثير من الفقهاء (أنظر في ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٥٠ هامش ٢ - ويضاف إلى الفقهاء المشار إليهم في الوسيط : محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٩٤ - فقرة ١٩٩ - حسن كيرة ص ١١) .

هو استبعاد الرأى الذى يشترط حسن النية لصحة التسجيل لتطرفه من ناحية ، وكذلك استبعاد الرأى الذى أخذت به محكمة النقض من أن التواطؤ ذاته لا يبطل التسجيل لتطرفه من الناحية الأخرى (١) . ويجب إذن الوقوف

ـ وفيما يتعلق بالدعوى البولصية قضت محكمة النقض بأنه إذا تحققت الشروط المقررة للطن بالدعوى البولصية ، فان مؤدى ذلك أن تعود ملكية المين المتصرف فيها إلى البائع ، ويكون من حق المشتري الذى لم يسجل عقده بوصفه دائناً بائناً التنفيذ عليها جبراً استيفاء لديه . وليس من شأن هذا التنفيذ أن يعود هذا المشتري إلى بحث عقده الابتدائى ومطالبته بالحكم بصحته ونفاذه ، لأن الملكية تكون قد انتقلت بالتسجيل إلى المشتري الذى سجل عقده بحملة بحق المشتري الذى لم يسجل بوصفه دائناً لبائع ، وليس للدائن فى مقام التنفيذ بدية أن يطالب بملكية العقار الذى يجرى عليه التنفيذ (نقض مدنى ٢ يونيو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٨ ص ١١٨٥) .

وقد وصلت محكمة النقض ، فى . اعتناق الرأى الذى تأخذ به ، إلى أبعد مدى ، إذ قضت بأن المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى جاءت خلواً مما يجيز إبطال الشهر إذا شابه تدليس أوواطؤ . ومفاد ذلك ، على ما جرى به قضاء محكمة النقض ، هو إجراء المعاملة عند تزامم المشترين فى شأن عقار واحد على أساس الأسبقية فى الشهر ، ولونسب إلى المشتري الذى يادر بالشهر التدليس أو التواطؤ مع البائع ، طالما أنه تماقت مع مالك حقيق لا يشوب منه ملكيته عيب يطله . ولا يغير من ذلك أن يكون صاحب التسجيل اللاحق قد حصل على أسبقية فى تقديم طلبه بلغة الشهر ، إذ أن مجرد الأسبقية فى تقديم الطلب لاتتال من الآثار القانونية المترتبة لصاحب التسجيل السابق . ولا يغير من هذا النظر القول بأن التسجيل السابق كان نتيجة غش وتواطؤ بين من تم التسجيل لصالحه وبين الموظف الذى أجراه بمصلحة الشهر العقارى لعدم مراعاته للمواعيد والإجراءات التى تقضى بها المادة ٣٣ من قانون الشهر العقارى . ذلك أن ما انتظمه هذا النص لا يمدد أن يكون تبياناً للقواعد الإدارية المحددة للإجراءات والمواعيد الواجب على مأموريات الشهر العقارى اتباعها عند بحث الطلبات أو شروطات المهررات المقدمة للشهر بشأن عقار واحد . وإذا لم يرتب المشرع بطلان الشهر على مخالفته ، فإن الأفضلية تكون لمن سبق إلى تسجيل التصرف الصادر له ، ولو كان هو صاحب الطلب اللاحق . وليس لصاحب الطلب السابق ، إن صح ما يدعيه من أن هذه المخالفة كانت نتيجة غش أوواطؤ ، سوى طلب التمييز بوجهه إلى موظف الشهر العقارى ومن تواطأ معه إذا كان لطلبه محل (نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٣٩ ص ٢٩٥) - وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٤ مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٩٨ ص ٧٢٣ - ١٤ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٩ ص ١٥٣ .

(١) وقد قلنا فى صدر الرأى الذى ذهب إليه محكمة النقض : « ومهما يكن من شفع لرأى الذى تصر عليه محكمة النقض . . فإنه رأى تناهضه الاعتبارات العلمية ، ولانقض به الاعتبارات العلمية . أما الاعتبارات العلمية فترجع إلى نصوص قانون الشهر العقارى ذاته =

عند الرأى الوسط ، وهو الرأى الذى لا يشترط حسن النية لصحة التسجيل ولكنه يجعل التواطؤ مبطلاً له . ذلك أن هذا الرأى الوسط يدعم نظام التسجيل ، دون إغراق يعرض مصالح الناس للخطر . فلا يشترط لصحة التسجيل حسن النية ، حتى لا يترزعزع نظام التسجيل بادخال عناصر نفسية فيه تهدد استقراره . ولكن يشترط لصحة التسجيل عدم التواطؤ ، فكل تصرف يكون ثمرة التواطؤ لا يسرى تسجيله فى حق الغير ، وبذلك لا تتعرض مصالح الناس للضياع عن طريق التدليس والغش (١).

= ثم إلى المبادئ العامة التى وكل هذا القانون المحكم فى المسألة إليها . فنصوص قانون الشهر العقارى قد انتزعت منه الحجة القوية التى كانت بحكمة النقض تستند إليها فى قانون التسجيل ، عندما كان هذا القانون الأخير يشترط عدم التدليس فى العقود الكاشفة ويسكت عن هذا الشرط فى العقود الملتزمة . فجماعت نصوص قانون الشهر خلواً من هذا التمييز ، فلم يمد من المستطاع أن يستخلص من هذه النصوص عن طريق الدلالة العكسية ، كما استخلص قبل ذلك من نصوص قانون التسجيل ، أن التدليس لا يفسد التسجيل ، وقد سبق بيان ذلك . هذا إلى أن نصوص قانون الشهر لم تقتصر على انتزاع الحجة للرأى الذى ذهبت إليه بحكمة النقض ، بل هى أيضاً قد جعلت مكانها حجة على هذا الرأى . فقد رأينا أن هذه النصوص تشترط فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ حسن النية للاحتجاج بالتسجيل السابق على تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد . وإذا كانت بحكمة النقض استطاعت أن تقرر أن مجرد العلم بالتصرف السابق لا ينفى حسن النية ، فمن البين أن المشتري الثانى الذى تواطأ مع البائع ، والذى سبق بفضل هذا التواطؤ إلى تسجيل سنده ، لا يمكن أن يوصف بأنه حسن النية مهما تأولنا لهذه العبارة من معان بعيدة عن الخطأ . فهو إذن سوء النية ، ومن ثم لا يستطيع أن يحجج على المشتري الأول الذى سجل دعوى صحة التعاقد بسبق تسجيله لسنده . ثم إن المبادئ العامة ، وقد وكل قانون الشهر إلى تطبيقها المحكم فى هذه المسألة ، تستصحب على التسليم بسلامة التسجيل فى عقد هو ثمرة لتدليس والتواطؤ ، فالعواقب بطبيعته يفسد أى تصرف . والاعتبارات العلمية هى أيضاً لا تنهض بالرأى الذى تدب إليه بحكمة النقض . فمن لا يزال فى نظام الشهر الشخصى ، ولم تنتقل بعد إلى نظام الشهر المبنى . فمن المجازفة أن نستعير من نظام الشهر المبنى أحد مقوماته الجوهرية ، وهو الحجة المطلقة للسند ولوطن فيه بالتواطؤ ، لنظام شهر شخصى لا تزال البقعة فى تحرى صحة السندات المسجلة تموزة ، ولا يقوم على أمر التسجيل فيه قضاة نظاميون ، ولا يكفل تمويض من يقاربه ، كما هو الأمر فى نظام الشهر المبنى . يشهد بذلك من عبروا نظام الشهر القائم فى ناحيته العملية (الوسط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٥١ - ص ٥٥٢) . وانظر عبد الفتاح عبد الباقي فى عقد البيع ص ١٧٢ - شمس الدين الوكيل فى أثر الفسخ على الأسبقية فى التسجيل عند تزامن المشترين لمقار واحد فى مجلة كلية الحقوق ٨ ص ٦٣ .

(١) انظر فى تفصيل كل ذلك الوسط ٤ فقرة ٢٩٠ . وقد قلنا فى توجيه الرأى الذى نذهب إليه من أن التواطؤ يفسد التسجيل : « ونستطيع أن نوجه هذا الرأى من الناحية الفنية =

١٣٦ - في قانونه السجل العيني : جميع الآثار التي يرتبها البيع قبل أن يقيد في السجل العيني تبقى قائمة بعد أن يقيد في هذا السجل . فيبقى البيع بعد قيده ، كما كان قبل قيده ، منشئاً لالتزامات شخصية في جانب المشتري هي دفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع ، ومنشئاً لالتزامات شخصية في جانب البائع هي تسليم العقار المبيع وضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية . ويؤخذ في البيع المقيد بداهة بالشفعة .

ويزيد البيع المقيد في آثاره على البيع غير المقيد في أنه ينقل ملكية العقار فعلاً من البائع إلى المشتري ، وذلك فيما بينهما وبالنسبة إلى الغير . والذي ينقل الملكية هنا ، بخلاف ما قررناه في قانون الشهر العقاري ، هو نفس القيد في السجل العيني وليس عقد البيع . وقد قلنا أن التسجيل في قانون الشهر العقاري مهمته شهر المحرر على علاقته ، فيبقى البيع بعد التسجيل كما كان قبل التسجيل ، فإن كان باطلاً يبقى على بطلانه لأن التسجيل لا يصحح البطلان ، والذي ينقل الملكية في قانون الشهر العقاري هو العقد ذاته وليس التسجيل (١)

= بأحد طريقتين : الطريق الأول ، وهو الطريق المألوف ، يكون بالقول بأن الفش يفقد التصرف ، فالعقد المسجل إذا كان ثمرة الفش والتواطؤ وجب أن يكون باطلاً ، والتسجيل لا يصححه . أو يقال إن المشتري الثاني المتواطئ مع البائع قد أغر بالمشتري الأول ، فوجب عليه التعويض ، وغير تعويض هو التعويض العيني ، فلا ينفذ البيع المسجل في حق المشتري الأول ، فيستطيع هذا أن يثبت ملكيته في العقار المبيع بتسجيل سنده . . . والطريق الثاني . هو الطعن في القيد المسجل بالدعوى البولسية . ونسأير في هذا الطريق بحكمة النقض ، ولكن على أن يؤخذ بتطبيق خاص للدعوى البولسية عندما يتركز حق الدائن في عين مملوكة للمدين (أنظر الوسيط ٢ فقرة ٥٨٨ ص ١٠٣٠) . وفي الحالة التي نحن بصدها قد تركز حق المشتري الأول في العقار المبيع ، فيحضر البائع في حالة إضرار بالمدعى المقصود في الدعوى البولسية مادام المشتري الأول لا يستطيع أن يصل إلى العقار ذاته . ومن حق الدائن أن يطالب ، بدلاً من التعويض ، بالتنفيذ العيني . فيطالب المشتري الأول إذن بالتنفيذ العيني وهو تملك العقار ، ويعتبر البائع في هذا الخصوص مصرعاً حتى لو كانت عنده أموال كافية تفي بتعويض المشتري الأول من فوات تملكه للعقار . ومن ثم يجوز للمشتري الأول الطعن في البيع المسجل بالدعوى البولسية ، فيجعله غير نافذ في حقه ، ويمكن بذلك من رد العقار إلى ملك البائع ، ويملكه بعد ذلك بتسجيل سنده (الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٥٤ - ص ٥٥٥) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٣٥ .

أما في السجل العيني فالأمر يختلف ، فجرد القيد في السجل له حجية مطلقة ، وهو الذى ينقل الملكية كما قدمنا . وإذا قيد البيع في السجل العيني ، لم يعا من الحائز الطعن فيه بالتزوير ، ولا بأنه صادر من غير مالك . وجميع البيانات الواردة في السجل العيني تعتبر صحيحة ، ولها حجية مطلقة في حق جميع الناس ، وتصل هذه الحجية إلى حد أنه لو قيد عقد البيع في السجل العيني فانتقلت الملكية إلى المشتري بهذا القيد ، بقی المشتري مالكا للعقار المبيع حتى لو خرج العقار من تحت يده إلى يد حائز استمر واضعا يده عليه المدة المقررة للتقادم ، ولا بتملك الحائز العقار بالتقادم . وتنص المادة ٣٧ من قانون السجل العيني في هذا المعنى على أنه « يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه . ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل » (١) . ذلك أن قانون السجل العيني يتحرى في إجراءاته أقصى ما يمكن من الدقة حتى لا يثبت فيه من البيانات إلا ما كان صحيحا ، سواء عند قيد الحقوق في صحائفه لأول مرة ، أو بعد قيدها وورود تصرفات عليها فيما بعد . ففي القيد الأول، تكفلت المواد ١٠ - ٢٠ من قانون السجل العيني بوضع إجراءات دقيقة لهذا القيد حتى يطابق الحقيقة بقدر المستطاع ، وتكفلت المواد ٢١ - ٢٥ من نفس القانون بتنظيم إجراءات تكفل التثبت من صحة البيانات الواردة بالسجل عن طريق فتح باب المعارضة فيها لجميع ذوى الشأن ، والبت فيما عسى أن يقدم من الاعتراضات بواسطة لجنة قضائية يجوز استئناف أحكامها أمام محكمة الاستئناف . وعند التصرف

(١) وهذا هو مبدأ القوة المطلقة للقيد . وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني . في هذا الصدد : « يقضى مبدأ القوة المطلقة - وهو من المبادئ الأساسية في نظام السجل العيني - بأنه إذا اكتسب شخص حقاً على عقار تأسيساً على قيود وتأثيرات في السجل ، فإن هذه القيود تعتبر دليلاً على مشروعية الحق الذى اكتسبه في مواجهة الغير . ويعتبر أنه اكتسب الحق من المالك الحقيقي ، ويبقى له ما اكتسب حتى ولو كان اكتسابه من غير مالك . وأخذاً بهذا المبدأ نصت المادة ٣٧ على أن يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه ، ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل . فحظرت بذلك التملك بالتقادم - كقاعدة عامة - في مواجهة الحقوق المقيدة بالسجل . فن أثبت اسمه في السجل كمالك للعقار يصح في ما من ثم من أن يفاجأ بأدعاء أى مختصب يزعم أنه تملك العقار بوضع اليد ، وهو أمر تقتضيه طبيعة القوة المطلقة للقيد في السجل » .

في الحقوق ، لا يقبل في إثبات أصل الملكية أو الحق العيني سوى صحيفة الوحدة العقارية أو الشهادة المستخرجة من السجل العيني (م ٤٨ من قانون السجل العيني) ، وإذا قام اعتراض رفع الأمر إلى اللجنة القضائية للبت فيه على الوجه المبين في قانون السجل العيني . لهذا كله يكون مستساغاً أن تكون للبيانات الواردة في السجل العقاري هذه الحجية المطلقة ، وهذه الحجية هي حجر الزاوية في نظام السجل العيني كما تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون السجل العيني وهي تعدد مزايا هذا النظام ، فتجعل على رأسها « تحقيق الأمان التام لكل من يتعامل على العقار وفق البيانات الثابتة بالسجل ، إذ أنه بمجرد إثبات البيان في السجل يصبح هذا البيان ممثلاً للحقيقة ونقياً من أى عيب عالق بسند الملكية بعد مضي مواعيد الطعن المنصوص عليها في المشروع أو الفصل نهائياً فيما قد يرفع من طعون . ذلك أن المشروع يأخذ بمبدأ القوة المطلقة للقيد في السجل العيني ، ويمثل هذا المبدأ حجر الزاوية للنظام ، ومعناه أن كل ما هو مقيد في السجل العيني هو الحقيقة بالنسبة للغير . وبذلك يصبح من يتعامل مع من قيد كما لك للعقار في حماية من كل دعوى غير ظاهرة في السجل ، مما يقتضى أن يوثق بالدعوى التي ترفع ضد البيانات المدرجة في السجل لحماية رافعها من القرينة المطلقة التي تستمد من القيد فيه . » وتعدد المذكرة الإيضاحية أيضاً من مزايا نظام السجل العيني « حظر التملك بالتقادم ، كقاعدة عامة ، في مواجهة الحقوق المقيدة بالسجل . فن أثبت اسمه في السجل كمالك للعقار يصبح في مأمن تام من أن يفاجأ بادعاء أى مقتصب يزعم أنه تملك العقار بوضع اليد ، وهو أمر تقتضيه طبيعة القوة المطلقة للقيد في السجل . ورعاية لوضع اليد المستقر في ظل القانون القائم ، نص المشروع على طريقة القيد في السجل لأول مرة بالنسبة لمن تملك العقار فعلاً بوضع اليد قبل العمل به ، كما نص على فترة انتقال يحترم خلالها وضع يد من لم يتم مدة التقادم ، وكل ذلك على التفصيل الموضح بالمشروع » (١) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٢٨ في آخرها بالهامش .

ونتابع هنا البيع المقيد في السجل العيني ، كما تابعنا البيع المسجل في مكتب الشهر العقاري ، في نقله الملكية فيما بين المتعاقدين ، وفي نقله الملكية بالنسبة إلى الغير .

١ - فالبيع المقيد في السجل العيني ينتقل الملكية فيما بين المتعاقدين ويترتب على ذلك أن يكون للمشتري حق التصرف في العقار المبيع باعتباره مالكا ، ولو قبل أن يتسلمه من البائع . ويترتب على ذلك أيضا أنه إذا أفلس البائع بعد قيد البيع في السجل العيني وقبل تسليم العقار المبيع ، جاز للمشتري أن يأخذ عين العقار المبيع من تفليسه البائع باعتباره قد أصبح مالكا له دون أن يزاوجه فيه دائنو البائع . وهنا لا مجال للخلاف في أن الملكية تنتقل للمشتري ، حتى في العلاقة بينه وبين البائع ، من وقت قيد البيع في السجل العيني لا من وقت إبرام البيع ، فليس للقيد أى أثر رجعى . وإذا صح أن يقوم خلاف في قانون الشهر العقاري فيما إذا كان للتسجيل أثر رجعى فيما بين المتعاقدين (١) ، فهذا الخلاف لا يصح أن يقوم في قانون السجل العيني ، إذ الملكية فيه تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت القيد ، وليس للقيد أثر رجعى ما في ذلك من ريب . والذي دعا للخلاف في هذه المسألة في قانون الشهر العقاري هو أن الملكية فيه تنتقل بالبائع لا بالتسجيل كما أسلفنا ، فأمكن القول بأن الملكية تنتقل من وقت إبرام البيع فيما بين المتعاقدين ، ومن وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير . أما في نظام السجل العيني فالملكية تنتقل بالقيد لا بالبائع كما سبق القول ، فلم يعد هناك شك في أنها لا تنتقل إلا من وقت تمام القيد ، سواء كان ذلك بالنسبة إلى الغير أو كان فيما بين المتعاقدين . فالقيد وحده هو الذى ينقل الملكية ، وبتمامه ، ومن وقت تمامه ، تنتقل ، حتى فيما بين المتعاقدين . وإذا كانت محكمة النقض تصر على أن الملكية في قانون الشهر العقاري تنتقل حتى فيما بين المتعاقدين من وقت التسجيل كما سبق أن بينا (٢) ، فليس ذلك في نظرنا إلا تعجلا لترتيب النتائج التي تستخلص من نظام السجل العيني . وقد رتبنا على

(١) انظر آنفاً فقرة ١٣٥

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٣٥ .

التسجيل ما لا يترتب إلا على القيد استباقا للحوادث ، ونمهدا لإدخال نظام السجل العيني ، وتأليفا للمتعاملين على خصائص هذا النظام حتى قبل دخوله . وقد بينا أن ذلك لا يخلو من خلط بين نظامين متعارضين لكل نظام خصائصه : نظام الشهر الشخصي ونظام السجل العيني (١) .

٢ - والبيع المقيد في السجل العيني ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير . ولا يكون انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير بداهة إلا من وقت إجراء قيد

(١) أنظر آنفا ص ٢٦٦ هامش ٢ - ونذكر هنا ، على سبيل المثال ، حالتين أخذت محكمة النقض في أحدهما بحل يفتق مع الأثر الرجعي للتسجيل وعلمه بلمة أخرى ، وأخذت في الحالة الثانية وهي تطبيق قانون الشهر العقاري بحل لا يفتق إلا مع السجل العيني : (الحالة الأولى) إذا بى البائع في الأرض المبيعة قبل تسجيل عقد البيع ، فقد اعتبرته محكمة النقض في حكم الباني بسوء نية في أرض غيره ، ولا يستقيم ذلك إلا مع القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين ، وإن كانت محكمة النقض علقت ذلك بأن البائع ملتزم بتسليم العقار المبيع بحالته التي هو عليها وقت البيع . وهذه الحالة لو طبق عليها قانون السجل العيني يختلف حلها ، إذ لا مجال لقول بالأثر الرجعي في هذا القانون كما بينا . فلا مناص إذن من القول بأن البائع قد بى في ملكه لاق ملك غيره ، مادام أنه قد أقام البناء قبل قيد البيع في السجل العيني . فإذا طالبه المشتري بتسليم الأرض بالحالة التي كانت عليها وقت البيع ، أجبر البائع على هدم البناء وإعادة الأرض إلى أصلها . وإذا أراد المشتري استبقاء البناء ، وقبل البائع منه ذلك ، ولم يفتق منه على القيمة التي يدفعها ، طبقت قواعد الإثراء على حساب الغير ودفع المشتري أدنى القيمتين ، ما أنفقه البائع في البناء وهو القدر الذي اختصر به أومازاد في قيمة الأرض بسبب البناء وهو القدر الذي اختفى به المشتري . ويجوز للبائع أن يهدم البناء مع إعادة الأرض إلى أصلها ، حتى لو أراد المشتري استبقاء البناء فهو لا يستبقيه إلا إذا رضى البائع بذلك . ويتبين مما قلناه أننا هنا نطبق القواعد العامة ، ولا نطبق قواعد الالتصاق . (الحالة الثانية) إذا بيع عقار مجاور للعقار المبيع وتوافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب المشتري الأخذ بالشفعة قبل أن يسجل عقده ثم سجل المقد . فهذا لم تطبق محكمة النقض الأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين ، واعتبرت المشتري الذي يطلب الأخذ بالشفعة غير مالك للعقار المشفوع به إلا من وقت التسجيل ، فلا يحق له الأخذ بالشفعة . وهذا الحل لا يستقيم إلا في نظام السجل العيني ، ففي هذا النظام لا يمكن القول بأن المشتري الذي يطالب بالشفعة أصبح بعد أن قيد عقده مالكا بأثر رجعي فيحق له الأخذ بالشفعة . ولا مناص من القول بأنه لا يملك الأرض المشفوع بها إلا من وقت قيد البيع في السجل العيني ، ومن ثم لا تتوفر فيه شروط الأخذ بالشفعة . ويجب في هذه الحالة التسليم بأن البائع للأرض المشفوع بها لا يزال مالكا مادام عقد البيع لم يقيد ، ويكون هو الذي توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة . فإن أخذ العقار المجاور بالشفعة ، جاز له عندئذ أن يبيعه لمن اشترى من الأرض أو لغيره ، وجاهز له أيضا أن يستبقيه لنفسه .

البيع في السجل العيني . فلو أن شخصا باع عقارا لمشتري ، وقبل أن يقيد هذا المشتري عقد البيع باع البائع العقار مرة أخرى لمشتري ثان وقيد هذا المشتري الثاني البيع قبل أن يتمكن المشتري الأول من قيد عقده ، فإن المشتري الثاني دون المشتري الأول هو الذي تنتقل إليه الملكية . ويكون هذا القيد صحيحا ، ويحتج به على المشتري الأول ، ولو كان المشتري الثاني سىء النية وقت أن اشتري أى كان يعلم بسبق تصرف البائع في العقار ، بل ولو كان متواطئا مع البائع ، فإن القيد في السجل العيني لا يفسده سوء النية ولا يفسده التواطؤ لأن له حجية مطلقة كما قدمنا . وهذا بخلاف التسجيل في قانون الشهر العقاري ، فقد قدمنا (١) أنه إذا كان سوء النية لا يؤثر في صحته فإن التواطؤ يفسده ، لأن التسجيل ليست له الحجية المطلقة التي للقيد . وقد رأينا أن محكمة النقض قضت بغير ذلك ، وبأن التواطؤ لا يفسد التسجيل في قانون الشهر العقاري . وقد تعجلت محكمة النقض هنا ، كما تعجلت في نفي الأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين ، النتائج التي لا تستخلص إلا من نظام السجل العيني ، وذلك سعيًا منها دائما في التمهيد لاتصال نظام السجل العيني . وقد كادت في سبيل ذلك أن تعطى للتسجيل الحجية المطلقة التي للقيد ، مع فرق ما بين النظامين ، ومع مافي نظام السجل العيني من ضمانات قوية تعوز نظام الشهر الشخصي ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (٢) . ونرى أنه في نظام السجل العيني إذا اقترن القيد بالتواطؤ ، وطعن المشتري

(١) أنظر آفاقرة ١٣٥ .

(٢) أنظر آفا ص ٣٧٩ هامش ٣ - وهذا مايقوله الدكتور محمود شوق ، وكان الأمين العام لمصلحة الشهر العقاري فخير نظام الشهر الشخصي من الناحية العملية : « ولاعبرة للقول بأن قانون تنظيم الشهر العقاري قد أخذ بجميع إجراءات نظام السجل العيني ، وعلى هذا يجب أن يكون لإجراء التسجيل حجية مطلقة قبل الكافة . إذ أن المعلنون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ليس إلا خطوة تمهيدية اتخذت في سبيل الإصلاح النهائي المرتقب ، والتي يجب أن يسلك فيها السجل العيني . وهذا السجل لا يدرج فيه محرر إلا بأمر من القائم على هذا السجل ، والقائم على أمر السجل يكون عادة قاضيا من القضاة النظاميين . أما وهذا النظام العيني المحكم لم ينفذ بعد ، فلا موجب أن يقتبس منه جزء لا يتفق ونظام التسجيل الشخصي عموما ، وعلى الأخص في مصر حيث الملكية العقارية مازالت في حاجة إلى كثير من العناية والدقة لضبط حل أساس سليم » (محمود شوق في الشهر العقاري طما وملا ص ٢١٢ - ص ٢١٤) .

الأول الذى لم يقيد عقده بالدعوى البولصية فى البيع الصادر للمشتري الثانى الذى قيد عقده ، فإن هذا الطعن لا يؤثر فى القيد بالرغم من إقراره بالتواطؤ . لأن القيد فى السجل العيني له حجية مطلقة كما قدمنا . ولا يستطيع المشتري الأول إلا أن يرجع بالتعويض على كل من البائع والمشتري الثانى متضامين لتواطؤهما ، وذلك على أساس المسئولية التقصيرية . وإذا كان عقد البيع يفسده التواطؤ ، فإن التواطؤ لا يفسد القيد ، والملكية قد انتقلت إلى المشتري الثانى بالقيد لا بعقد البيع .

المطلب الثانى

التصرفات والأحكام الكاشفة عن حق عيني عقارى أصلي

§ التصرفات والأحكام الواجبة الشهر

١٣٧ - العقود الماسة الواجبة الشهر : تنص المادة ١٠ من قانون^١ العقارى على أن « جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها . . . ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ، ولو كان محلها أموالا موروثة (١) » . وينحصر هذا النص للتسجيل ، لا العقود الكاشفة فحسب . بل أيضا التصرفات الكاشفة الصادرة من جانب واحد ، وكذلك الأحكام النهائية الكاشفة .
العقود الكاشفة ، الواجبة التسجيل بموجب هذا النص ، عقدان :

(١) عقد القسمة ، أى القسمة بالتراضى ، إذا وقع العقد على عقار : وقد قدمنا عند الكلام فى القسمة ، فى الجزء الثامن من الوسيط ، أنها كاشفة للحق . فإذا كان هناك عقار شائع بين عدة شركاء وأجرى الشركاء قسمته بالاتفاق فيما بينهم ، كانت القسمة رضائية أى عقدا أطرافه هم الشركاء فى العقار . ولما كان أثر القسمة هو إفراز حصة كل شريك فى العقار الشائع ، فيصبح الشريك مالكا لجزء مفرز من العقار بعد أن كانت حصته شائعة فيه ، فإن عقد القسمة هذا وهو يتناول الملكية فيحولها من ملكية

(١) بقى هذا النص على ماله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق:

٢٠١/٨٢ من المشروع .

ويطبق فى قانون السجل العيني المادة ٢٧ من هذا القانون .

شائعة إلى ملكية مفرزة ، يكون واجب التسجيل . وتوجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقاري ، كما رأينا ، تسجيل القسمة « ولو كان محلها أموالا موروثة » . والميراث هو من أهم أسباب الشيوخ في الملكية ، فإذا آل عقار بالميراث إلى عدة ورثة ، فانهم يملكون هذا العقار في الشيوخ . فإذا قسموه بموجب عقد قسمة رضائية ، وجب تسجيل هذا العقد . وقد كان حق الإرث غير واجب الشهر في عهد التقنين المدني السابق وفي عهد قانون التسجيل ، ولم يصبح واجب الشهر إلا في قانون الشهر العقاري . لذلك نبت رأى ، في عهدى التقنين المدني السابق وقانون التسجيل ، يذهب إلى أنه لما كانت القسمة كاشفة عن الحق ، فإن القسمة بين الورثة تكون كاشفة عن حقوقهم لا منثثة لها ، ويكون سبب الملك هنا هو الإرث لا القسمة . وإذا كان الإرث غير واجب الشهر في العهدين المشار إليهما ، فإن القسمة بين الورثة ، ويرجع سبب الملك فيها إلى الإرث كما قدمنا ، لا تكون واجبة الشهر . وعيب هذا الرأى أنه إذا لم تشهر القسمة بين الورثة ، لم يستطع الغير أن يعلم إذا كان الورثة لا يزالون باقين في الشيوخ أو أنهم قسموا التركة فيما بينهم ، ولا يأمن أن يتعامل مع وارث منهم إذ لا يستطيع أن يعلم إذا كانت حصته في التركة قد أفرزت بالقسمة أو أنها لا تزال شائعة . لذلك قضت محكمة النقض بوجوب تسجيل القسمة حتى لو كان محلها أموالا موروثة^(١) ، وردد قانون الشهر العقاري هذا الحكم بما نص عليه من وجوب تسجيل القسمة حتى « لو كان محلها أموالا موروثة » كما سبق القول .

وقد يتفق الشركاء على البقاء في الشيوخ في العقار لمدة لا تزيد على خمس سنوات ، فلا يجوز لأحد منهم طلب القسمة قبل انقضاء هذه المدة . ولكن هذا الاتفاق لا يسرى في حق الخلف الخاص للشريك ، كشر لحصة هذا الشريك الشائعة ، إلا إذا سجل . فإذا سجل سرى في حق هذا المشتري ، ولا يستطيع وقد أصبح شريكا في الشيوخ مكان سلفه أن يطلب القسمة قبل انقضاء المدة المتفق على بقاء الشيوخ فيها . أما إذا لم يسجل الاتفاق ،

(١) نقض مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٦ ص ٨٢١ .

فانه لا يسرى في حق المشتري ، ويستطيع هذا أن يطلب القسمة في أى وقت ليفرز على الأقل حصته ، ولو كان ذلك قبل انقضاء المدة المتفق عليها . ولكن يشترط أن يكون المشتري حسن النية : أى أنه لا يعلم بوجود الاتفاق على البقاء في الشيوع فإذا كان يعلم بوجود هذا الاتفاق سرى في حقه ولو لم يسجل .

وإذا وقع في القسمة الرضائية غبن يزيد على الخمس ، جاز للشريك المغبون نقضها ، إلا إذا أكل له الشركاء الآخرون ما نقص من حصته نقدا أو عينا . ودعوى نقض القسمة في العقار للغبن يجب تسجيل صحتها وتسجيل الحكم فيها ، على الوجه الذى سنبينه عند الكلام في تسجيل الدعاوى (١) . فإذا أكل باقى الشركاء حصة الشريك المغبون نقدا لوقف سير دعوى النقض ، ويب شهر السند المثبت لدفع التكلفة نقدا : سواء كان إيصالا من الشريك المغبون أو محضرا للجلسة التى تم فيها الدفع . ويكون شهر هذا السند بطريق التأشير الهامشى ، على هامش تسجيل صحيفة دعوى نقض القسمة أو على هامش تسجيل عقد القسمة نفسه ، بما يفيد هذا الدفع وانقضاء الدعوى تبعا لذلك . أما إذا أكل باقى الشركاء حصة الشريك المغبون عينا فترتب على ذلك تعديل في أنصبة الشركاء المفروزة ، فانه يصح تحرير محضر رسمى أمام المحكمة بما جرى من التعديل في أنصبة الشركاء ، وتسجيل هذا المحضر مع التأشير بمضمونه على هامش تسجيل عقد القسمة إن كان قد تم تسجيله . ويصح كذلك أن يحرق بهذه التكلفة وما تستتبع من التعديل في الأنصبة عقد بين الشركاء ، ويسجل هذا العقد بالطريقة التى تم بها تسجيل عقد القسمة الأصلى ، مع التأشير بمضمونه على هامش تسجيل عقد القسمة (٢) .

وفي قسمة المهايأة المكانية ، إذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة فانقلبت قسمة نهائية ، وجب تسجيلها عندئذ بنفس الطريقة التى يسجل بها عقد القسمة الرضائية .

(١) أنظر مايل فقرة ١٤٤ .

(٢) أنظر في ذلك محمود شوق في الشهر العقارى علما وعلا ص ٣٢٤ - ص ٣٢٥ .

(٢) عقد الصلح : وقد قدمنا عند الكلام في الصلح في الجزء الخامس

من الوسيط أنه عقد كاشف للملكية ، فيجب إذن تسجيله إذا وقع على عقار طبقا للمادة ١٠ من قانون الشهر العقاري . فإذا تصالح شخصان بعقد جرّاه فيما بينهما على حقوق متنازع عليهما ، وكان ضمن هذه الحقوق حق عيني عقارى أصلى ، وجب تسجيل هذا الصلح . فإذا كان النزاع على دار وأرض ، وتصالح المتنازعان على أن تكون الدار لأحدهما والأرض للآخر ، وجب تسجيل عقد الصلح في مكتب الشهر العقاري الواقع في دائرته الدار ، وكذلك في مكتب الشهر العقاري الواقع في دائرته الأرض .

وقد يتضمن الصلح حقوقا غير متنازع عليها ، وفي هذه الحالة يكون له أثر كاشف بالنسبة إلى الحقوق المتنازع عليها وأثر ناقل بالنسبة إلى الحقوق غير المتنازع عليها . فإذا تنازع شخصان على دار وتصالحا على أن يختص أحدهما بالدار في نظير أن يعطى للآخر أرضا ، فهذا الصلح له أثر كاشف بالنسبة إلى الدار وأثر ناقل بالنسبة إلى الأرض . ويجب تسجيله بالنسبة إلى الدار في مكتب الشهر الواقع في دائرته الدار طبقا للمادة ١٠ من قانون الشهر العقاري ، ومن ثم يحتج بتسجيله على الغير ، أما فيما بين المتعاقدين فلا حاجة إلى التسجيل لأن العقد يعتبر كاشفا عن الملكية كما سرى . وكذلك يجب تسجيله بالنسبة إلى الأرض في مكتب الشهر الواقع في دائرته الأرض طبقا للمادة ٩ من قانون الشهر العقاري ، ولا يسرى قبل التسجيل لا بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين لأن العقد يعتبر بالنسبة إلى الأرض ناقلا للملكية :-

والحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح (jugement d'homologation) الذى تم بين الخصوم في دعوى مرفوعة بينهم أمام القضاء لا يعتبر حكما إلا من الناحية الشكلية ، وهو لا يخرج من الناحية الموضوعية عن كونه عقدا تم بين الخصوم في ورقة رسمية ، هي محضر الصلح ، وثقها القاضى في حدود سلطته الولاية . وهذا بخلاف الحكم الاتفاقي (jugement convenu) ، وصورته أن يعمد الخصمان في أثناء نظر الدعوى إلى الاتفاق على حسم النزاع بانزال ما يطلبه المدعى إلى قدر معين ، فيعدل

المدعى طلباته إلى هذا القدر ، ويسلم المدعى عليه بالطلبات المعدلة ، فلا يبيع القاضى فى هذه الحالة إلا أن يقضى بهذه الطلبات . والحكم الصادر على هذا النحو إنما هو فى الواقع نتيجة صلح بين الخصمين واتفاق ، ولذلك سعى بالحكم الاتفاقى . ولكنه يختلف فى طبيعته عن الحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح ، إذ هو حكم حقيقى صدر من القاضى فى حدود سلطته القضائية (١) ، وسواء كان الحكم صادرا بالتصديق على محضر الصلح أو كان حكما اتفاقيا فإنه يجب فى الحالتين تسجيله . فيسجل فى الحالة الأولى باعتباره عقد صلح ، ويسجل فى الحالة الثانية باعتباره حكما كاشفا عن الحق كما سيجىء .

١٣٨ - التصرفات الطائفة بالصورة من جانب واحد الواجبة الشهر :

ونذكر من هذه التصرفات الإقرار للغير بملكية عقار ، وإقرار العقد الصادر من الغير ، وإجازة العقد القابل للإبطال ، وترك الحق فى التقادم .

أما الإقرار (reconnaissance) للغير بملكية عقار . فتارة يكون تصرفا إنشائيا فيجب تسجيله على أنه تصرف إنشائى بموجب المادة ٩ من قانون الشهر العقارى . وتارة يكون تصرفا كاشفا فيجب تسجيله على أنه تصرف كاشف بموجب المادة ١٠ من هذا القانون . فإذا باع شخص عقارا لشخص آخر ولم يسجل عقد البيع ، وأراد المشتري أن يتصرف فى العقار بالبيع مثلا ، فطولب بسند ملكيته فوجد أنه سند غير مسجل وأن البائع لا يزال مالكا للعقار . جاز لهذا البائع أو لورثته أن يوقعوا مع المشتري عند البيع الصادر من هذا الأخير مقرين بملكية المشتري للعقار . ويعتبر الإقرار بالملك فى هذه الحالة ، وإن كان تصرفا صادرا من جانب واحد ، مخفيا لتصرف بالبائع صادر من البائع أو ورثته للمشتري ، ومن ثم يجب تسجيله على أنه تصرف ناقل للملك بموجب المادة ٩ من قانون الشهر العقارى . وإذا أراد مالك فى الشيوع أن يتصرف فى جزء مفروز من العقار الشائع ، ووقع العقد معه شركاؤه فى الشيوع مقرين بملكيتهم لهذا الجزء المفروز ، اعتبر الإقرار بالملك هنا ، وإن كان تصرفا صادرا من جانب واحد ، مخفيا لقسمة بين الشركاء فى الشيوع نتج عنها إفراز حصة الشريك

(١) انظر فى كل ذلك الوسيط • فقرة ٣٥٥ .

المقرله بالملك ، ومن ثم يجب تسجيله على أنه تصرف كاشف عن الملك بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى (١) .

وإقرار العقد الصادر من الغير (confirmation) تصرف صادر من جانب واحد . فإذا باع شخص عقارا مملوكا لغيره ، وأقر المالك الحقيقى هذا البيع ، فإن بيع ملك الغير هنا ينقلب صحيحا بالإقرار ، وتنتقل ملكية العقار للمشتري بالبيع . أما الإقرار الصادر من المالك الحقيقى فهو تصرف صادر من جانب واحد ، وهو إقرار كاشف لا ناقل ، ومن ثم يجب تسجيله مع البيع على أنه من التصرفات الكاشفة بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى ، أو التأشير به على هامش تسجيل البيع إن كان البيع قد سجل (٢) .

واجازة العقد القابل للإبطال (ratification) تصرف صادر من جانب واحد ، وهو فى حقيقته نزول من المتعاقد عن التمسك بحقه فى إبطال العقد ، فينقلب العقد صحيحا بهذه الإجازة . فإذا باع قاصر عقارا مملوكا له ، وعند بلوغه سن الرشد أجاز العقد ، فإن ملكية العقار تنتقل إلى المشتري بالبيع . أما الإجازة فهى تصرف صادر من جانب واحد ، مثلها فى ذلك مثل إقرار بيع ملك الغير فى الفرض المتقدم . ومن ثم يجب تسجيل الإجازة مع البيع لتكون حجة على الغير ، وتسجل على أنها من التصرفات الكاشفة

(١) انظر محمود شوقى فى الشهر العقارى علما وعملا ص ٣٣٢ - ٣٣٣ - وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان مفاد إقرار صادر من المورث أن الأطيان التى اشتراها باسمه هى فى حقيقته ملك لوالده وثمنا مدفوع من ماله الخاص ، فإن هذا الإقرار ليس إلا تصرفا مقررأ للملكية لا منشأ لها . ويكون حجة على ورثة هذا المورث بغير حاجة إلى تسجيل وفقا لقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ (نقض مدنى ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ١١٨) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن إجازة الورثة لوصية ليست منشئة للحق ، حتى يستند التملك إلى الوارث . وعلى ذلك فإذا كان الإقرار الوارد بعقد صلح أبرم بين الورثة إنما هو إجازة من الابن لوصية صادرة من المورث لزوجته والبنات فى حدود ثلث التركة لكل منهما ، فهو إقرار مقرر صادر من الابن لها ، ولا يلزم تسجيل عقد الصلح الذى تضمن هذا الإقرار (نقض مدنى ٧ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ١٢٦) .

موجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى ، أو يؤثر بها على هامش تسجيل البيع إن كان قد سجل (١) .

وترك الحق فى التقادم (renonciation) تصرف صادر من جانب واحد ، وهو فى حقيقته نزول من الخصم عن حقه فى التمسك بالتقادم . فاذا حاز شخص عقارا المدة الواجبة للتمسك بالتقادم ، فانه لا يملك العقار بالتقادم إلا إذا تمسك به . فاذا نزل عن حقه فى التمسك بالتقادم ، فان العقار يبقى على ملك مالكه الأصيل ، وسبب الملك هنا هو السبب الأصيل الذى تملك به هذا المالك ، عقدا كان أو ميراثا أو وصية أو غير ذلك . أما النزول عن التقادم فهو تصرف كاشف صادر من جانب واحد ، وقد كشف به الحائز للعقار عن أن المالك الأصيل للعقار لا يزال مالكا له . فاذا صدر هذا النزول من الحائز فانه لا يسرى فى حق الغير إلا إذا سجل باعتباره من التصرفات الكاشفة بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى . وعلى ذلك لو تمت مدة التقادم المكسب للملكية العقار ، ونزل الحائز عن التمسك بالتقادم ولم يسجل هذا النزول ، ثم باع هذا العقار باعتباره مالك لإياه بالتقادم لشخص آخر ، جاز للمشتري أن يتمسك بالتقادم الذى تم لمصلحة البائع له (م ٣٨٧ و ٩٧٣ مدنى) ، ولا يحتاج عليه بنزول البائع عن التقادم لأن هذا النزول لم يسجل (٢) .

١٣٩ - الأخطاء اللائقة بالرعية الشهر : رأينا (٣) أن المادة ١٠ من

قانون الشهر العقارى توجب تسجيل الأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية . ويمكن القول هنا ، كما قلنا ، فى الأحكام المنشئة واجبة التسجيل (٤) ، أن الأحكام الصادرة بصحة التعاقد فى عقدى القسمة والصلح الواقعين على عقار هى أحكام مثبتة لوقوع عقد القسمة

(١) انظر حامد فهمى فى نظرية التصرفات الإقرارية والإنشائية فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ١٧ - ٦٣ فقرة ٢٠ - وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ١٧٧ .

(٢) انظر حامد فهمى فى نظرية التصرفات الإقرارية والإنشائية فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ١٧ - ص ٦٣ فقرة ٢٢ - وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ١٧٨ .

(٣) أنظر آنفا فقرة ١٣٧ .

(٤) أنظر آنفا فقرة ١٣٢ .

أو لوفروع عقد الصلح . من ثم تكون أحكاما كاشفة عن حق عيني عقارى أصلى . فيجب إذن تسجيلها باعتبارها أحكاما كاشفة ، بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى . ولكن قد يقال هنا أيضا إن قانون الشهر العقارى قد سمح ، دعاوى صحة التعاقد ، بالذكر فى المادة ٢/١٥ منه ضمن الدعاوى الواردة الشهر وكذلك الأحكام النهائية الصادرة فى هذه الدعاوى بموجب المادة ١٦ منه ، فهى إذن تسجل بموجب هاتين المادتين لا بموجب المادة ١٠ ؛ ولكن يبقى بعد ذلك ، عدا أحكام صحة التعاقد ، أحكام كاشفة لاتصل بعقود سابقة ، بل هى تكشف بناتها عن حقوق عينية عقارية أصلية ، فيجب إذن تسجيلها بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى . ونذكر من هذه الأحكام الحكم الصادر فى القسمة القضائية ، والحكم بالاتفاق ، والحكم بارساء المزاد على الشريك ، والحكم بارساء المزاد على الحائز للعقار .

فالقسمة إذا كانت قسمة قضائية عقارية تم بحكم هو الذى يكشف عن حقوق المتقاسمين ، ومن ثم يجب تسجيل هذا الحكم باعتباره حكما كاشفا وذلك بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى . ولا تخضع عريضة دعوى القسمة للشهر ، لأن هذه الدعوى ليست من الدعاوى الواجب شهرها بموجب المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى ، وإنما يجب شهرها بموجب المادة ١٠ من هذا القانون كما قدمنا .

وقلنا (١) أن الحكم الاتفاقى (jugement convenu, jugement d'expédient) (هو حكم يتفق عليه الخصمان وذلك بالاتفاق على تعديل طلبات المدعى ، فيسلم المدعى عليه بالطلبات المعدلة ، ويصدر الحكم بالقضاء بهذه الطلبات . فالحكم إذن نتيجة صلح بين الخصمين واتفاق ، ولذلك سمي بالحكم الاتفاقى . وهذا الحكم هو حكم حقيقى صدر من القاضى فى حدود سلطته القضائية ، فاذا كان محله ملكية عقار كان حكما كاشفا عن حقوق عينية عقارية أصلية ، ووجب تسجيله على هذا الاعتبار بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى .

ورأينا^(١) كذلك أنه إذا بيع العقار الشائع لعدم إمكان قسمته، ورسا المزارد على أحد الشركاء ، فإن رسو المزارد يعتبر قسمة لا بيعا . ويجب تسجيل حكم مرمى المزارد في هذه الحالة ، ولكن تسجيله يكون على اعتبار أنه حكم كاشف ، فيتم بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقاري .

ورأينا كذلك^(٢) أنه إذا رسا مزارد العقار المرهون على الخائر لهذا العقار ، فإن هذا الخائر يعتبر مالكا للعقار بموجب سند ملكيته الأصلي ، ويكون حكم مرمى المزارد كاشفا عن الملكية لا ناقلا . ومن ثم يجب تسجيل هذا الحكم على اعتبار أنه حكم كاشف ، ويتم التسجيل بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقاري .

أما الحكم الصادر في دعوى نقض القسمة الرضائية للغب ، فهو لا يدخل ضمن الأحكام الكاشفة الواجب تسجيلها بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقاري ، ولكن يدخل ضمن الأحكام الصادرة في دعاوى الغرض منها الطعن في تصرف هو عقد القسمة ، فيجب تسجيل صحيفة الدعوى بموجب المادة ١/١٥ من قانون الشهر العقاري ، ويجب التأشير بالحكم بموجب المادة ١٦ من نفس القانون كما سيأتي .

§ ٢ - ما يترتب على الشهر من أثر

أولا - التصرف أو الحكم قبل أنه بشره :

١٤٠ - في قانون الشهر العقاري : تنص الفقرة الأولى من المادة ١٠

من قانون الشهر العقاري على أن « جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية . يجب كذلك تسجيلها ، ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير »^(٣) .

(١) انظر آتفا فقرة ١٣٢ .

(٢) انظر آتفا فقرة ١٣٢ .

(٣) بق هذا النص على حاله في المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق (م ١/٨

من المشروع) - وانظر آتفا فقرة ١٣٧ - وأضيف في آخر المادة ٨ من هذا المشروع الفقرتان ٣ و ٤ الآتيتان : « ويجوز للشريك الذي حصل على حكم نهائي بالقسمة أو بصفة التناقد عليها أن يطلب قصر الشهر على حصته ، ما لم يترتب على هذا الشهر إنهاء حالة الشيوع . كما يجوز له قصر الشهر الحكم على نصيبه في جهة معينة ، وعلى المكتب الذي تم فيه الشهر أن يخطر مكاتب الشهر الواقع بدائرتها باقي الأعيان موضوع القسمة للتأشير بذلك . وتنظم اللائحة التنفيذية طريقة الإخطار وميعاده والجهات التي يحصل بها التأشير » .

ونتخذ القسمة نموذجاً للتصرفات والأحكام الكاشفة ، كما اتخذنا البيع نموذجاً للتصرفات والأحكام المنشئة أو الناقلة أو المعدلة أو المنهية ، وذلك لنفس الاعتبارات (١) .

والذى يفهم من النص سالف الذكر أن القسمة ، رضائية كانت أو قضائية ، إذا لم تسجل ، فإنها تنتج مع ذلك أثرها فيما بين المتقاسمين ، ولكنها لا تكون حجة على الغير . وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لذلك ، بأنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها ، يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسوم ، وبأنه لا يحتاج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة (٢) . والسبب فى أن القسمة تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين ولو كانت غير مسجلة أنها تكشف عن ملكية الشريك المفرزة دون أن تنشئها ، والكشف عن الملكية المفرزة فيما بين المتعاقدين أمر يقع بمجرد حصول القسمة لأن القسمة هى ذاتها التى تكشف عن ذلك . ولا محل ل تراخى هذا الأثر إلى وقت تسجيل القسمة ، لأن التسجيل مهمته فى نظام الشهر الشخصى هى مجرد إعلام الغير بوقوع القسمة حتى تدخل فى حسابهم عند التعامل مع الشركاء فى العقار الذى انتهى فيه الشروع بالقسمة . وهذا هو الذى يعلل أيضا أن القسمة لا تكون حجة على الغير إلا من وقت تسجيلها ، فقبل التسجيل يفترض أن الغير لا يعلم بالقسمة ، فمن حقه أن يتعامل مع الشركاء فى العقار باعتبار أنه باق على الشروع .

ويترتب على أن القسمة تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين ولو لم تسجل أنه لو قسم عقار شائع بين شريكين ، اعتبر كل منهما بالنسبة إلى الآخر مالكا للحصة المفرزة التى وقعت فى نصيبه . فلو وضع أحد الشريكين يده على العقار ، كان للشريك الآخر أن يحاسبه على غلة الحصة المفرزة بالذات التى وقعت فى نصيبه ، وليس له أن يحاسبه على غلة الحصة المفرزة التى لم تقع فى نصيبه بل وقعت فى نصيب شريكه . ولو أجر أحد الشريكين الحصة

(١) انظر آتد فقرة ١٣٣ .

(٢) نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨١ ص ٥٠٣ .

المفرزة التي وقعت في نصيبه يعتبر الإيجار صادرا من مالك ، لأن المستأجر لا يعتبر من الغير تكون القسمة نافذة في حقه ولو قبل تسجيلها . أما إذا اجر الحصص المفرزة التي وقعت في نصيب شريكه ، فإن الإيجار يعتبر صادرا من غير مالك . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه متى كان الحكم إذ قرر أن القسمة مقررة للحق وليست منشئة له ، وتسجيلها غير لازم للاحتجاج بها فيما بين المتعاقدين أو طرفي الخصومة في دعوى القسمة ، وإن كان واجبا بالنسبة إلى الغير وهم من لم حقوق عينية على العقار محل القسمة وليس من بينهم المستأجر لأنه صاحب حق شخصي ، فإن هذا الذي قرره لا خطأ فيه ويتفق مع المادة ١٠ من قانون الشهر العقاري رقم ١٤١ لسنة ١٩٤٦ (١)

والجار الملاصق لأحد جانبي العقار المقسوم لا يعتبر هو أيضا من الغير لأنه ليس له حق عيني على هذا العقار ، فتتخذ القسمة في حقه ولو قبل تسجيلها ، ولكل من الشريكين أن يحتج عليه بالقسمة غير المسجلة ، كما أن له أن يحتج بهذه القسمة غير المسجلة على كل منهما . فإذا كانت هناك أرض شائعة بين مالكين واقسمها ، فاختص أحدهما بالقسم الشرقي من الأرض والآخر بالقسم الغربي ، وباع الجار الملاصق للقسم الشرقي أرضه ، لم يجوز للشريك الذي وقع في نصيبه القسم الغربي الأخذ بالشفعة ولو لم تكن القسمة قد سجلت . ذلك أن هذا الشريك قد اعتبر ، بالنسبة إلى الجار الملاصق ، غير مالك للقسم الشرقي الملاصق للعقار المشفوع فيه ، فلم يعد جارا ملاصقا حتى يصح له الأخذ بالشفعة ، ويستطيع الجار أن يتمسك عليه بالقسمة غير المسجلة (٢) . والذي يأخذ بالشفعة في هذه الحالة هو الشريك الذي وقع في نصيبه القسم الشرقي ، لأنه هو الجار الملاصق للعقار المشفوع فيه .

ولا يحتج بالقسمة غير المسجلة على الغير . والغير هو كل من تلقى حقا عينيا على العقار وهو لا يزال شائعا وقام بشهر عقده طبقا للقانون ، وذلك

(١) نقض مدني ٣ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عام جز ٢ ص ٨٥٥ .

(٢) نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٨ ص ٤٠٩ - ١٧ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١١١ ص ٨٥١ .

كن اشترى قبل القسمة من أحد الشركاء في الشيوع حصته الشائعة وقام بتسجيل عقد البيع . فاذا باع شريك ، قبل القسمة أو بعدها ولكن قبل تسجيلها ، حصته شائعة في العقار المقسوم ، وبمثل المشتري البيع قبل أن تسجل القسمة ، لم يجوز للشركاء أن يحتجوا عليه بالقسمة لأنها لم تسجل قبل تسجيل البيع^(١) ، ويكون للمشتري طلب الحكم بتثبيت ملكيته للحصة الشائعة المبيعة ، وله أن يطلب إجراء قسمة جديدة إذ لا يزال العقار شائعا في حقه وقد أصبح شريكا على الشيوع فيه^(٢) . أما المشتري لجزء مفرز قبل القسمة ، فلا يعتبر من الغير لأنه لم يثبت له حق عيني على العقار الشائع قبل قسمته . وقد قضت محكمة النقض بأن الغير في حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه ما زال مملوكا على الشيوع ، وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة . وأما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فإنه لا يعتبر غيرا ، ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة ، إذ أن حقه في الجزء المفرز الذي انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التي تنتهي إليها القسمة ، وذلك لما هو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ مدني من أن التصرف الذي انصب على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي اختص به المتصرف بموجب القسمة ،

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الغرض من تسجيل القسمة لإمكان الاحتجاج بها على الغير هو شهرها ، حتى يكون في استطاعة هذا الغير أن يعلم وقت صدور التصرف إليه من أحد المتقاسمين ما إذا كان المقار موضوع التصرف قد وقع في القسمة في نصيب المتصرف أو لم يقع (نقض مدني ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٥٨ ص ٤١٢) .

(٢) نقض مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٦ ص ٨٢١ - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٥ ص ١٣٧٥ - ولكن يجوز للمشتري في هذه الحالة أن يتسلل بالقسمة غير المسجلة في مواجهة الشركاء ، إذ أن القسمة غير المسجلة وإن لم يجوز للشركاء أن يحتجوا بها عليه يجوز له هو أن يحتج بها عليهم . وعلى ذلك يجوز للمشتري أن يعتمد بهذه القسمة ، ويستولى على حصة الشريك البائع التي أفرزت بموجب القسمة غير المسجلة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان تسجيل القسمة قد شرع لفائدة الغير وصونا لحقه ، فإنه يكون له أن يرفض القسمة التي تمت ، ويعتبر بذلك متنازلا عن هذا الحق الذي شرع لفائدته (نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥ ص ٤٣) .

كما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتاج بها على من اشترى جزءا مفزرا من أحد المتقاسمين ، ويرتب عليها في شأنه ما يترتب عليها في شأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوخ واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفز الذى وقع في نصيبه بموجب القسمة . ومن ثم فإنه لا يكون لمن اشترى جزءا مفزرا لم يقع في نصيب البائع له بموجب القسمة أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة إلى ذلك الجزء ذاته ، طالما أن القسمة وإن كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه ، وترتب انتقال حقه من الجزء المفز المعقود عليه إلى النصيب الذى اختص به البائع له بموجب تلك القسمة (١) .

(١) نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨١ ص ٥٠٣ - وانظر أيضا نقض مدنى ٢ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٨٤ ص ١١٧٢ : - وقد قضى هذا الحكم بأنه إذا كان التصرف في الجزء المفز لا حقا لإجراء قسمة لم تسجل ، فإن الأمر لا يخرج عن أحد فرعين : (الأول) أن يكون الشريك البائع قد تصرف في نصيبه الذى خصص له في القسمة ، وفي هذه الحالة تكون القسمة حجة على المشتري ، ولا يجوز له أن يحتل منها بحجة عدم تسجيلها ، إما على أساس أنه لا يعتبر من الغير لأنه قد بنى حقه على أساس القسمة التى تمت لا على أساس أن الشيوخ مازال قائما ، وإما على أساس أنه بشرائه الجزء المفز الذى اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة قد ارتضاها . (الثانى) أن يقع التصرف على جزء مفز غير الجزء الذى اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة - في هذه الحالة لا يتعلق المشتري حقه على أساس القسمة إذ هو قد أنكرها بشرائه ما لم تخصصه البائع له ، وإنما على أساس أن الشيوخ مازال قائما رغم إجراء القسمة ، ومن ثم فإن المشتري إذا سجل عقده قبل تسجيل القسمة يعتبر في هذا الفرض من الغير ولا يحتاج عليه بالقسمة التى تمت ، ويكون له إذا لم يرتض هذه القسمة أن يطلب إجراء قسمة جديدة . وقد قضت محكمة النقض أيضا بأنه إذا اتسم شريكان أرضا واختص كل منهما بجزء مفز منها ، وقبل تسجيل القسمة باع أحد الشريكين نصيبه المفز ، فإن المشتري لهذا النصيب لا يعتبر « غيرا » بالمضى الفنى ، فليس له أن يحتاج بعدم تسجيل القسمة وأن الأرض لا تزال على الشيوخ ، وأنه بشرائه النصيب المفز قد أصبح مالك على الشيوخ (نقض مدنى ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص ٤٣) .

ويخلص من أحكام محكمة النقض ما يأتى : (١) إذا باع شريك ، قبل القسمة أو بعدها ولكن قبل تسجيلها ، حصة شائعة في العقار المقسوم ، اعتبر المشتري من الغير في القسمة ، فلا يحتاج عليه بها إذا كان قد سجل سند مقبل لتسجيل القسمة . (٢) إذا باع شريك قبل القسمة جزءا مفزرا من العقار الشائع ، لم يعتبر المشتري من الغير في القسمة ، ويحل فيها محل الشريك البائع له ، فيخلص له الجزء المفز الذى اشتراه ذاته إذا وقع هذا الجزء في نصيب البائع له ، أما إذا لم يقع فإن حقه ينتقل إلى الجزء المفز الذى وقع في نصيب البائع له . (٣) إذا باع -

١٤١ - في قانونه السجل العيني : ويختلف حكم التصرف الكاشف غير المقيّد في قانون السجل العيني عن حكم التصرف الكاشف غير المسجل في قانون الشهر العقاري ، إذ قد نصت المادة ٢٧/١ من قانون السجل العيني على أنه « يجب كذلك قيد جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية ، ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم » . وهذا الحكم طبعى ، فإن القيد في قانون السجل العيني ، بخلاف التسجيل في قانون الشهر العقاري ، هو الذى ينشئ الحقوق العينية أو يكشف عنها ، وليس للتصرف أثر فى ذلك . فإذا لم يقيد التصرف فى السجل العيني ، لم يكن له من أثر غير إنشاء التزامات شخصية بين ذوى الشأن . وإذن يكون حكم القسمة غير المقيّدة فى السجل العيني هو نفس حكم البيع غير المقيّد فى هذا السجل ، فلا تكون هذه القسمة مما تكشف عنه من حقوق عينية حجة على الغير ولا فيما بين ذوى الشأن .

= شريك بعد القسمة وقبل تسجيلها الجزء المفروز الذى وقع فى نصيبه بالقسمة ، لم يعتبر المشتري من الغير فى القسمة ، لأنه بنى حقه على أساس القسمة التى تمت وارتضى شراء الجزء المفروز الذى وقع فى نصيب البائع له . (٤) إذا باع شريك بعد القسمة وقبل تسجيلها جزءاً مفزراً لم يقع فى نصيبه ، اعتبر المشتري من الغير فى القسمة ، ولا يحتج عليه بها إذا سجل البيع قبل تسجيل القسمة ، وله إذا لم يرتض القسمة أن يعتبر نفسه مالكا فى الشيوع وأن يطلب إجراء قسمة جديدة .

وإذن يجب التمييز بين ما إذا كان الشريك قد باع حصته فى الشيوع ، أو باع جزءاً مفزراً من العقار الشائع . فإذا باع حصته فى الشيوع ، فإن المشتري لهذه الحصة الشائعة يعتبر دائماً من الغير ، سواء اشترى قبل القسمة أو بعدها ، لأنه قد ثبت له حق عيني على العقار الشائع ، فإذا سجل البيع قبل تسجيل القسمة لم يجوز الاحتجاج عليه بالقسمة . أما إذا باع الشريك جزءاً مفزراً من العقار الشائع ، فإذا كان البيع سابقاً على القسمة لم يعتبر المشتري من الغير وحل محل الشريك البائع له فى الجزء المفروز الذى يخلص لهذا الشريك بالقسمة . وإذا كان البيع تالياً للقسمة وكان واقعاً على نفس الجزء المفروز الذى يخلص بالقسمة للشريك البائع ، فإن القسمة تسرى فى حق المشتري ، ويعتبر أنه قد ارتضى شراء هذا الجزء المفروز . وإذا كان البيع واقعاً على غير الجزء المفروز الذى يخلص للشريك البائع ، فإن القسمة لا تسرى فى حق المشتري ، وله أن يعتبر نفسه مالكا فى الشيوع وأن يطلب إجراء قسمة جديدة .

أنظر فى كل ذلك الوسيط ٨ فقرة ٥٨٤ فى القسمة والتسجيل .

ويخلص من ذلك أن القسمة غير المقيدة في السجل العيني لا تكون حجة على الغير ، وكل ما قلناه في هذا الصدد في شأن القسمة غير المسجلة بالنسبة إلى الغير في قانون الشهر العقاري^(١) ينطبق هنا . فتحديد ما هو الغير في قانون السجل العيني هو نفس تحديده في قانون الشهر العقاري . وإذا باع شريك ، قبل القسمة أو بعدها ولكن قبل قيدها في السجل العيني ، حصة شائعة في العقار المقسوم ، كان المشتري من الغير . فإذا قيد سنده قبل قيد القسمة لم يحتج عليه بها ، وله أن يطلب تثبيت ملكيته للحصة الشائعة الميعة وإجراء قسمة جديدة ، إذ لا يزال العقار شائعا ما دامت القسمة لم تقيد . أما المشتري لجزء مفرز من العقار الشائع ، فواء اشترى هذا الجزء المفرز قبل القسمة أو بعدها ، وإذا اشترى بعد القسمة فواء اشترى نفس الجزء المفرز الذي وقع في نصيب البائع له بالقسمة أو اشترى جزءا مفرزا آخر ، فإن القسمة غير المقيدة لا تكون قد أفرزت حصة الشريك البائع بالنسبة إليه ، سواء اعتبر من الغير أو لم يعتبر ، لأن القسمة غير المقيدة لا تفرز العقار الشائع بأي حال . وعلى ذلك يعتبر المشتري للجزء المفرز قد اشترى هذا الجزء من مالك لا يزال في الشيوع ، وتسرى عليه أحكام المادة ٢/٨٢٦ مدني وتنص على ما يأتي : « وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف . انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف إليه ، إذا كان مجهول أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق في إبطال التصرف » .

وكذلك لا تنتج القسمة غير المقيدة في السجل العيني أثرا في إفراز العقار الشائع ، حتى فيما بين المتقاسمين . وهذا بخلاف القسمة غير المسجلة في قانون الشهر العقاري فقد قدمنا أنها تنتج جميع آثارها فيما بين المتقاسمين بالرغم من عدم تسجيلها . ويترتب على أن القسمة غير المقيدة في السجل العيني لا تنتج أثرها في إفراز العقار المقسوم فيما بين المتقاسمين أنه لو قسم عقار شائع بين

(١) أنظر آنفا فقرة ١٤٠ .

شريكين ولم تقيد القسمة ، اعتبر كل منهما بالنسبة إلى الآخر لا يزال ما لكافي الشيوخ . وإذا اجر أحد منهما حصة مفرزة . ولو كانت نفس الحصة التي وقعت في نصيبه بالقسمة غير المقيدة ، كان حكم إيجاره هو حكم إيجار حصة مفرزة صادر من مالك على الشيوخ . وإذا كانت هناك أرض شائعة بين مالكين واقتسماها . فاختص أحدهما بالقسم الشرقى من الأرض والآخر بالقسم الغربى ، وباع الحار الملاصق للقسم الشرقى أرضه ، وكانت القسمة لم تقيد ، جاز لأى من الشريكين أو لكليهما أن يأخذ بالشفعة . لأنهما لا يزالان مالكين على الشيوخ للأرض المشفوع بها ما دامت القسمة لم تقيد في السجل العبنى ، فهما يملكان على الشيوخ كلا من القسم الشرقى والقسم الغربى .

ثانيا - التصرف أو الحكم بعد أنه بشره :

١٤٢ - فى قانونه الشرع العقارى : ونتخذ هنا أيضا عقد القسمة المسجل نموذجا للتصرف أو الحكم الكاشف المسجل . وغنى عن البيان أن جميع الآثار التى ترتبها القسمة قبل أن تسجل تبقى قائمة بعد أن تسجل القسمة . فبقى القسمة بعد تسجيلها ، كما كانت قبل تسجيلها . منتجة لجميع آثارها فيما بين المتقاسمين .

وتزيد القسمة المسجلة فى آثارها على القسمة غير المسجلة فى أنها تكون حجة على الغير . وقد سبق تحديد ما هو الغير ، وكيف لا تكون القسمة غير المسجلة حجة عليه (١) ، ولا تزيد هنا على أن نقول إنه فى جميع الفروض التى لا تكون فيها القسمة غير المسجلة حجة على الغير ، نكون حجة عليه إذا ما سجلت ، ومن وقت هذا التسجيل . فإذا باع شريك بعد القسمة وقبل تسجيلها عقارا كان شائعا قبل القسمة ، وكان العقار المبيع لم يقع بالقسمة فى نصيب الشريك البائع ، ولكن القسمة سجلت قبل تسجيل البيع ، فإن الشريك الذى وقع فى نصيبه بالقسمة العقار المبيع يستطيع أن يحتج بالقسمة على المشتري ، ومن ثم لا يعتد بالبيع الصادر لهذا المشتري . ويكون تسجيل القسمة صحيحا حتى لو كان المتقاسم الذى وقع العقار فى نصيبه مئىء النية ،

(١) أنظر آنفا فقرة ١٤٠ .

إذ أن سوء النية لا يفسد التسجيل ، وإنما يفسده التواطؤ على الخلاف الذى بسطناه عند الكلام فى تسجيل البيع (١) .

١٤٣ - فى قانون السجل العينى : إذا قيدت القسمة فى السجل العينى ،

فإنها تنتج جميع آثارها فى إفراز العقار المقسوم ، سواء كان ذلك بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتقاسمين . ويلاحظ أن القيد فى السجل العينى له حجية مطلقة ليست للتسجيل فى قانون الشهر العقارى ، وقد سبق أن بسطنا القول فى ذلك (٢) . فإذا قيدت القسمة فى السجل العينى ، لم يعد من الجائز الطعن فيها بالتزوير ، ولا بأنها صادرة من غير مالك . وجميع البيانات الواردة فى السجل العينى فى شأن القسمة المتيدة فيه تعتبر صحيحة ، ولها حجية مطلقة فى حق جميع الناس . ولا يفسد القيد فى القسمة ، كما لا يفسد القيد فى البيع ، لا سوء نية ولا التواطؤ (٣) .

فالقسمة المقيدة تكون حجة على الغير ، فإذا باع الشريك بعد القسمة وقبل قيدها عقارا شائعا ، ووقع هذا العقار بالقسمة فى نصيب هذا الشريك ، وقيدت القسمة قبل أن يقيد البيع ، احتج الشريك الذى وقع فى نصيبه العقار المبيع بالقسمة المقيدة على المشتري لهذا العقار . ومن ثم يبق هذا الشريك مستأثرا بالعقار ، ويرجع المشتري على الشريك البائع بضمان الاستحقاق .

والقسمة المقيدة تنتج أثرها فى إفراز العقار الشائع فيما بين المتقاسمين ، وكانت قبل قيدها لا تنتج هذا الأثر كما سبق القول (٤) . فإذا قسم عقار شائع بين شريكين وقيدت القسمة ، اعتبر كل منهما بالنسبة إلى الآخر ما لكا للحصة المفرزة التى وقعت فى نصيبه بالقسمة . وإذا آجر هذه الحصة كان الإيجار صادرا من مالك ، أما إذا آجر الحصة المفرزة التى وقعت فى نصيب الشريك الآخر كان الإيجار صادرا من غير مالك . وإذا كانت هناك أرض شائعة بين مالكين واقتسماها ، فاختص أحدهما بالقسم الشرق

(١) أنظر آتفا فقرة ١٣٥ .

(٢) أنظر آتفا فقرة ١٣٦ .

(٣) أنظر آتفا فقرة ١٣٦ .

(٤) أنظر آتفا فقرة ١٤١ .

من الأرض والآخر بالقسم الغربى ، وقيدت القسمة فى السجل العينى ، وباع الجار الملاصق للقسم الشرقى أرضه ، فان الشفع هنا يكون صاحب القسم الشرقى لأنه أصبح ما لكا بالقسمة المقيدة للأرض الملاصقة للأرض المشفوع فيها . ولا يجوز لصاحب القسم الغربى أن يأخذ بالشفعة ، لأنه لم يعد ما لكا إلا لهذا القسم بعد أن قيدت القسمة ، وهو غير ملاصق للأرض المشفوع فيها .

المطلب الثالث

الدعاوى الخاصة للشهر

§ ١ - أنواع الدعاوى الخاصة للشهر

١٤٤ - دعاوى الطعن فى التصرفات الواجبة الشهر : تنص الفقرة الأولى من المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى على أنه « يجب التأشير فى هامش تسجيل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا ، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع . فاذا كان المحرر الأصيل لم يشهر ، تسجل تلك الدعاوى » (١) .

والمحررات واجبة الشهر التى يجب التأشير فى هامش تسجيلها بما يقدم ضدها من دعاوى الطعن هى المحررات التى تتضمن تصرفات ناقلة (أو معدلة أو منبهة) للحقوق العينية العقارية الأصلية (٢) وعلى رأسها عقد البيع ، أو تصرفات منشئة لهذه الحقوق وعلى رأسها العقد المنشئ لحق انتفاع أو حق ارتفاق ، أو تصرفات كاشفة عن هذه الحقوق وعلى رأسها عقد القسمة .

أما دعاوى الطعن فى هذه التصرفات التى يجب التأشير بها أو تسجيلها فهى الدعاوى التى تطعن فى وجود التصرف ، أو فى صحته ، أو فى نفاذه .

(١) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (١/١٣م) من المشروع) .

(٢) وكذلك الحقوق العينية العقارية التبعية كإحدى عقود الرهن ، والدعوى التى يؤثر بها فى هامش قيد الرهن هى دعوى شطب الرهن . وهذه مسألة خاصة بأحقوق العينية التبعية ، فلا شأن لنا بها هنا .

فالدعوى التى تطعن فى وجود التصرف نوعان : (١) دعوى تنكر وجود التصرف منذ البداية ، وهذه هى دعوى الطعن بإعلان التصرف لسبب من أسباب البطلان المطلق (كأنعدام الأهلية وفقد التمييز وعدم مشروعية المحل أو السبب) ، ودعوى الطعن بصورية التصرف فىكون التصرف فى هذه الحالة لا وجود له منذ البداية^(١) . (٢) دعوى لا تنكر وجود التصرف منذ البداية ولكنها تهدف إلى فسخه أو إلى إلغائه . ويدخل فى هذه الدعاوى : دعوى الفسخ فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يف أحد المتعاقدين بالتزاماته ، ودعوى الانفساخ إذا كان العقد قد انفسخ من تلقاء نفسه لشرط فى العقد يقضى بذلك أو لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي . ودعوى الرجوع فى الهبة لعذر مقبول وعدم وجود المانع من الرجوع ، ودعوى حل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء لسبب يسوغ الحل (م ١/٥٣٠ مدنى) أو انحلالها بسبب طلب أحد الشركاء لإخراجه من الشركة لسبب معقول إذا كانت الشركة معينة المدة (م ٢/٥٣١ مدنى) .

والدعوى التى تطعن فى صحة التصرف يتدرج تحتها : (١) جميع دعاوى إبطال التصرف ، لسبب نقص فى الأهلية أو عيب فى الرضاء من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . (٢) دعوى تقضى القسمة الرضائية ، إذا أثبت أحد المتنازعين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس (م ٨٤٥ مدنى) . أما إكمال باقى الشركاء حصة الشريك المغبون نقدا أو عينا ، فقد سبق بيان كيفية إجراء شهره^(٢) . وأما دعوى تكملة الثمن بسبب غبن يزيد على الخمس فى بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية ، فهذه ، إذا قضى فيها بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل (م ٤٢٥ مدنى) ولم يف المشتري بالتزامه من دفع تكملة الثمن . تؤول إلى دعوى فسخ ويجب شهرها كسائر دعاوى الفسخ . وقبل هذا الشهر لا تلحق هذه الدعوى ضررا

(١) والطعن فى العقد بالصورية ، كما إذا طعن البائع لعقار فى عقد البيع بالصورية ، يؤول إلى دعوى استحقاق للعقار المبيع ، فيجب إذن شهر الدعوى إما باعتبارها دعوى طعن بالصورية أو دعوى استحقاق (أنظر مائلى فقرة ١٤٦) .

(٢) أنظر ألفا فقرة ١٣٧ .

بالغير حسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع ، (م ٤٢٦/٢ مدني) .

والدعوى التي تطلعن في نفاذ التصرف . يتدرج تحتها : (١) الدعوى البولصية ، وهي الدعوى التي يرفعها الدائن طالبا فيها عدم نفاذ تصرف المدين في حقه إذا توافرت في هذا التصرف شروط معينة (م ٢٣٧ مدني) . (٢) دعوى عدم نفاذ الوصية في حق الورثة فيما يزيد على ثلث التركة . ويلحق بها دعوى عدم نفاذ بيع المريض مرض الموت (أو تصرفه بوجه عام) في حق ورثته فيما يزيد على ثلث التركة (م ٤٧٧ مدني) ، وقبل شهر هذه الدعوى لا يسرى الحكم فيها « إضرارا بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على العين المبيعة » (م ٤٧٨ مدني) (١) .

ويخلص مما تقدم أن دعاوى الطعن في التصرفات واجبة الشهر ، والتي يجب التأشير بها أو تسجيلها ، تشتمل على الدعاوى الآتية : (١) دعوى الطعن ببطالان التصرف . (٢) دعوى الطعن بصورية التصرف . (٣) دعوى المطالبة بفسخ التصرف . (٤) دعوى تقرير انقضاء التصرف (٢) . (٥) دعوى الرجوع في الهبة . (٦) دعوى حل الشركة أو انحلالها . (٧) دعوى الطعن بإبطال التصرف . (٨) دعوى نقض القسمة الرضائية للغير . (٩) الدعوى البولصية . (١٠) دعوى عدم نفاذ الوصية أو عدم نفاذ تصرف المريض مرض الموت في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة .

١٤٥ — دعاوى من التعاقب : تنص العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على ما يأتي : « كما يجب تسجيل

(١) أنظر الوسيط ٤ فقرة ١٨٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الأحكام الصادرة بفسخ وجب حتما بحكم القانون ، وأوقع نتيجة لشرط فاسخ صريح أو ضمني ، واجبة التسجيل باعتبار أنها أحكام مقررة . وعلى ذلك إذا كان نسخ عقد البيع المسجل الصادر من مورث الطاعنين إلى المظنون ضده الثاني قد قضى به ضمنا في الحكم الصادر برفض دعوى البائع بالمطالبة بباقي الثمن ، وكان هذا الحكم لم يسجل ، فإن المبيع يبق في ملكية المشتري ولا تعود ملكيته للبائع (نقض مدني ٨ فبراير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٤٠ ص ١٩٦) .

دعوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية» (١). ودعوى صحة التعاقد لم تكن مذكورة في قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، ولكن العمل ابتدعها بخاصة في عقد البيع تحت اسم « دعوى صحة ونفاذ العقد » . منذ صدور هذا القانون ، ليواجه بها امتناع البائع عن القيام بالأعمال الواجبة لتسجيل عقد البيع ، وبخاصة التصديق على إمضائه في الورقة العرفية المثبتة لعقد البيع . فإذا ما صدر الحكم بثبوت البيع أو بصحته ونفاذه (réalisation, constatation de la vente) : جعل منه المشتري سندا يغنيه عن عقد البيع الصالح للتسجيل ، إذ هو يثبت وقوع البيع صحيحا نافذا ، فيجوز إذن للمشتري أن يسجل هذا الحكم باعتباره سندا قاطعا على وقوع البيع ، ولا يحتاج في تسجيله إلى تدخل البائع ، ومتى سجله انتقلت إليه ملكية المبيع (٢) . بل إن العمل سار مرحلة أبعد من ذلك ، وغل يد البائع عن التصرف في العقار المبيع من وقت رفع الدعوى بصحة التعاقد ، وذلك بأن يسجل المشتري صحيفة دعوى صحة التعاقد ، ومن وقت تسجيلها لا يستطيع البائع أن يتصرف في العقار ، حتى إذا صدر الحكم بصحة التعاقد بعد ذلك أشر المشتري به على هامش تسجيل صحيفة الدعوى ، فيصبح أى تصرف صادر من البائع من وقت تسجيل صحيفة الدعوى بصحة التعاقد غير نافذ في حق المشتري . وقد أقرت محكمة النقض العمل فيما جرى عليه من ذلك . واعتبرت دعوى صحة التعاقد دعوى استحقاق مالا حتى تجعلها خاضعة للشهر كدعوى

(١) ين هذا النص على حاله في المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والوثيق (العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ١٣ من المشروع) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى صحة التعاقد تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية ، حتى إذا ما سجل الحكم قام تسجيله مقام تسجيل العقد في نقلها . وهذا يقتضى أن يفصل القاضى في أمر صحة البيع ، ثم يفصل في أمر امتناع البائع عن تنفيذ التزاماته ، وهل كان له عذر في هذا الامتناع أو لم يكن . ومن ثم فإن تلك الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من أسباب بطلان العقد ، إذ من شأن هذا البطلان لو صح أن يحول دون الحكم بصحة العقد ونفاذه (نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٩٤ ص ٥٧٧) . ويدخل أيضا بحث ما إذا كان العقد صوريا صورية مطلقة ، إذ من شأن هذه الصورية لو صحت أن يعتبر العقد لاوجود له قانونا فتحول دون الحكم بصحته ونفاذه (نقض مدني أول مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٦٧ ص ٤٨٦) .

الاستحقاق التي ذكرها صراحة قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ (١) .
وجاء قانون الشهر العقاري مؤيدا للعمل والقضاء ، فنص صراحة كما رأينا
في المادة ٢/١٥ على أنه « يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق
عينية عقارية » ، ورتب على تسجيلها كما جاء في المادة ١/١٧ منه على أن
حق المدعى إذا تقرر بحكم موثر به على هامش تسجيل صحيفة دعوى
صحة التعاقد يكون حجة على ترتب لم حقوق عينية ابتداء من تاريخ
تسجيل صحيفة هذه الدعوى (٢) .

ودعوى صحة التعاقد ، على الوجه التقدم الذكر ، أكثر ما ترفع
في خصوص مطالبة المشتري بالحكم بصحة ونفاذ عقد البيع ، وهو عقد
ناقل للملكية . ولكن لا يوجد ما يمنع من رفعها في خصوص المطالبة بالحكم
بصحة ونفاذ أى عقد آخر غير البيع ، سواء كان هذا العقد ناقلا أو منشئا
لحق عيني عقارى آخر غير حق الملكية كحق الانتفاع أو حق الارتفاق ،
أو كان كاشفا عن حق عيني عقارى . فيجوز رفع الدعوى بصحة ونفاذ
عقد المقايضة أو عقد الهبة أو عقد الشركة أو عقد الوفاء بمقابل يكون عقارا
أو عقد ينقل حق الانتفاع من المنتفع إلى غيره (بيع حق الانتفاع) ، أو عقد

(١) نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ارقم ٩١ ص ١٦٣ - وانظر الأحكام
الأخرى الصادرة من محكمة النقض به ذلك في هذا المعنى في الوسيط ٤ فقرة ٢٥٩ ص ٤٥٤
هامش ١ .

(٢) ولكن يجب لفك التأثير بالحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى ، فلا يكون تسجيل
صحيفة الدعوى وحده ، ولا صدور الحكم بصحة التعاقد إذا لم يؤثر بالحكم على هامش تسجيل
صحيفة الدعوى . وقد قضت محكمة النقض بأن تسجيل صحيفة الدعوى والحكم فيها بصحة التعاقد ،
ولو كان نهائيا ، دون التأثير بذلك الحكم على هامش تسجيل الصحيفة ، لا يترتب عليه نقل
الملكية إلى المشتري بل تظل هذه الملكية للبائع ، وبالتالي يعتبر تصرفه إلى مشتري آخر صادرا
من مالك . ولا يجوز دون الحكم بصحة ونفاذ عقده مجرد تسجيل صحيفة دعوى المشتري الأول
وصدور حكم لصالحه بصحة تعاقد (نقض مدني ١٤ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض
١٤ رقم ٤٥ ص ٢٩٨) . وانظر أيضا نقض مدني ١٣ يونيو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام
النقض ٨ رقم ٦٤ ص ٥٧٦ .

وانظر في تفصيل دعوى صحة التعاقد : الوسيط ٤ فقرة ٢٧٤ - وانظر في دعوى صحة
التوقيع واستيلاء هذه الدعوى من المحررات الواجب شهرها : الوسيط ٤ فقرة ٢٧٥ .

ينشئ حق ارتفاق ، أو عقد يكشف عن حق الملكية العقارية كعقد القسمة أو عقد الصلح .

ويخلص إذن مما تقدم أن جميع دعاوى صحة التعاقد ، على النحو الذى أسلفناه ، يجب تسجيل صحتها إذا وقعت على حقوق عينية عقارية ، كما هو صريح نص المادة ٢/١٥ من قانون الشهر العقارى فيما قدمناه .

١٤٦ - دعوى الاستحقاق العقار : تنص البقرة الأولى من الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى على ما يأتى : « ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية بالعقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال » (١) .

والأصل فى دعوى الاستحقاق العقارية أن تكون المطالبة فيها بحق ملكية العقار دون الحقوق العينية الأخرى . ولا تطلق دعوى الاستحقاق (action en revendication) بمعناها المألوف على الدعوى العينية التى يطالب فيها المدعى بحق عيني عقارى آخر غير حق الملكية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق . غير أن النص سالف الذكر يوجب « تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها » . فهذا النص الواسع يشمل فى نظرنا الدعاوى الآتية :

١ - دعوى الاستحقاق العقارية بمعناها المعروف ، وهى الدعوى التى يطالب فيها بملكية عقار . ولا يقصد هنا بدعوى الاستحقاق هذه الدعوى على إطلاقها ، أى الدعوى التى يرفعها المالك الحقيقى على الحائز لاسترداد عقاره . فإن هذه الدعوى إذا سجلت وقضى للمالك الحقيقى بملكيته للعقار ، كان الحكم حجة على من اشترى العقار من الحائز ولو كان حسن النية وبمجهل عقد شرائه قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق ، لأنه يكون قد اشترى من غير مالك . وإنما يقصد بدعوى الاستحقاق الدعوى التى يرفعها المالك على الحائز فى الأحوال التى يكون فيها تصرف الحائز فى العقار نافذاً فى حق المالك ، كدعوى الاستحقاق التى يرفعها المالك ضد الوارث الظاهر ودعوى

(١) بقر هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (البقرة الأولى من الفقرة الثانية من المادة ١٣ من المشروع)

الصورية التي يرفعها البائع بعقد صوري ضد المشتري . فدعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك ضد الوارث الظاهر يجب تسجيل صحتها ، أو التأشير بها على هامش تسجيل حق الإرث الذي قام به الوارث الظاهر . فاذا باع الوارث الظاهر العقار لمشتري حسن النية وبمجل المشتري عقد شرائه قبل شهر صحيفة دعوى الاستحقاق ، لم يسر الحكم بالاستحقاق في حق المشتري . أما إذا شہرت صحيفة دعوى الاستحقاق قبل تسجيل البيع الصادر من الوارث الظاهر ، فان الحكم بالاستحقاق يسرى في حق المشتري من الوارث الظاهر ، ويكون حجة عليه . ودعوى الصورية التي يرفعها البائع بعقد صوري ضد المشتري منه يجب تسجيل صحتها ، أو التأشير بها على هامش تسجيل عقد البيع الصوري . فاذا باع المشتري في العقد الصوري العقار لمشتري آخر حسن النية ، وبمجل هذا المشتري الآخر عقد شرائه قبل شهر دعوى الصورية ، لم يسر الحكم بالصورية في حق المشتري من المشتري بعقد صوري . أما إذا شہرت دعوى الصورية قبل تسجيل البيع الصادر من المشتري في العقد الصوري ، فان الحكم بالاستحقاق يسرى في حق المشتري من المشتري بعقد صوري ويكون حجة عليه (١) .

٢ - دعوى استحقاق أى حق عيني آخر غير حق الملكية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق . وتسمى هذه الدعوى بدعوى الإقرار بحق عيني (action confessoire) ، إذا طالب فيها شخص بحق انتفاع أو حق ارتفاق على عقار للغير . فيجب تسجيل صحيفة هذه الدعوى ، أو التأشير بها على هامش تسجيل سند ملكية الغير المطالب بحق الانتفاع أو حق الارتفاق على عقاره . فاذا أنشأ المالك لهذا العقار نفس حق الانتفاع أو نفس حق الارتفاق لشخص آخر ، وبمجل هذا الأخير سند إنشاء حقه قبل شهر صحيفة دعوى الإقرار بالحق العيني وكان حسن النية ، لم يكن الحكم الصادر لمصلحة

(١) أنظر في كل ذلك الوسيط : فقرة ٢٦٣ ص ٤٦٦ هامش ٢ - وقارن حسن كبيرة ص ١٤ - أنور سلطان في البيع فقرة ١٧٥ ص ١٩٨ - عبد المنعم البدراني فقرة ٢٠٣ ص ٣٠٥ - سليمان مرقس في الإيجار فقرة ١٢٢ ص ٢٠٥ هامش ٣ - وفي البيع والإيجار فقرة ٢١١ ص ٢٨٦ هامش ١ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٩٤ ص ٣٥٥ .

المدعى فى دعوى الإقرار بالحق العيى حجة عليه . أما إذا شبرت صحيفة الدعوى قبل تسجيل سند الإنشاء ، فإن الحكم يكون حجة على من كسب حق الانتفاع أو حق الارتفاق مرة ثانية ولو كان حسن النية .

٣ - وإلى جانب دعوى الإقرار بحق عيى توجد دعوى إنكار الحق العيى (action négative) ، ويرفعها مالك العقار على من يتمسك بحق انتفاع أو حق ارتفاق على عقاره وينكر المالك عليه هذا الحق ، وهذه أيضا يجب تسجيل صحتها . فإذا باع مدعى حق الانتفاع هذا الحق لمشتري حسن النية ، أو باع مدعى حق الارتفاق عقاره المرتفق بما له من حق الارتفاق المدعى به لمشتري حسن النية ، وكان مدعى حق الانتفاع أو حق الارتفاق وارثا ظاهرا لحق الانتفاع أو للعقار المرتفق ، فإنه إذا سجل البيع قبل تسجيل صحيفة دعوى إنكار الحق العيى ، لم يكن الحكم فى دعوى إنكار الحق العيى حجة على من اشترى حق الانتفاع أو اشترى العقار المرتفق . أما إذا سجلت دعوى إنكار الحق العيى قبل تسجيل البيع ، فإن الحكم الصادر فى دعوى إنكار الحق العيى يكون حجة على من اشترى حق الانتفاع أو اشترى العقار المرتفق (١) .

١٤٧ - الدعاوى الخاصة بالسجل العيى : تنص

المادة ٣٢ من قانون السجل العيى على أن « الدعاوى المتعلقة بحق عيى عقارى أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها يجب أن تتضمن الطلبات فيها إجراء التغيير فى بيانات السجل العيى ، ولا تقبل الدعوى إلا بعد تقديم شهادة دالة على حصول التأشير فى السجل بمضمون هذه الطلبات » . وتحديد الدعاوى الواجب التأشير بها على الوجه الوارد فى هذا النص لا يخلو من شيء من الغموض .

والأمر المحقق أن « الدعاوى المتعلقة بحق عيى عقارى » تشمل دعوى الاستحقاق ودعوى الإقرار بالحق العيى ودعوى الإنكار للحق العيى ، وقد بينا فيما تقدم (٢) ما هو المقصود بهذه الدعاوى . ومن ثم يجب أن تتضمن

(١) أنظر فى وجوب تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وتسجيل الحكم بثبوت الشفعة ماقتناه آنفا فقرة ١٣٢ فى آخرها .

(٢) أنظر آنفا فقرة ١٤٦ .

الطلبات فيها إجراء التغيير في بيانات السجل العيني بما يقتضيه مضمون هذه الطلبات ، والتأشير في السجل بهذه الطلبات بما فيها طلب إجراء التغيير في بيانات السجل على النحو المتقدم . وتأخذ على سبيل المثال دعوى الاستحقاق . فن الجائر ، حتى في نظام السجل العيني ، أن يقيد حق الإرث في السجل ، ثم يتبين ، بالرغم من الفحص الدقيق الذي يقتضيه هذا النظام ، أن الوارثة الذي قيد حقه ليس هو الوارث الحقيقي . ويتقدم الوارث الحقيقي يطالب الوارث الظاهر باستحقاقه للعقار الموروث ، وهذه دعوى إرث أو هي دعوى استحقاق عن طريق الميراث . فيجب في هذه الحالة أن يضمن الوارث الحقيقي طلب استحقاق العقار طلب إجراء التغيير في بيانات السجل الواردة في قيد حق الإرث بما يفيد أن المالك للعقار ليس هو الوارث الظاهر بل هو الوارث الحقيقي . ويجب فوق ذلك أن يؤثر الوارث الحقيقي بهذه الطلبات جميعاً أمام البيانات الواردة في السجل بشأن قيد حق الإرث ، وأن يقدم شهادة دالة على حصول هذا التأشير حتى تقبل منه دعوى الإرث أو دعوى الاستحقاق عن طريق الميراث .

والأمر المحقق أيضاً أن الدعاوى المتعلقة بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها ، تشمل دعوى الطعن بإعلان التصرف ، ودعوى الطعن بإبطال التصرف ، ودعوى نقض القسمة الرضائية للغير . لأن هذه كلها دعاوى متعلقة بصحة التصرف . كذلك تشمل الدعوى البولية ، ودعوى عدم نفاذ الوصية وعدم نفاذ تصرفات المريض مرض الموت في حق الورثة بما يجاوز ثلث التركة ، لأن هذه الدعاوى متعلقة بنفاذ التصرف . ويجب أيضاً أن تشمل دعاوى الفسخ والانفساخ والرجوع في الهبة وحل الشركة أو انحلالها والصورية ، وإن كانت هذه الدعاوى لا تتعلق بصحة التصرف أو نفاذه ، إلا أنها دعاوى يتصور رفعها بالرغم من قيد التصرف في السجل العيني ، والحكم فيها بطلبات المدعى من شأنه أن يغير من بيانات السجل . ومن ثم يجب ، في رأينا ، أن يضمن المدعى في جميع الدعاوى المتقدم ذكرها - وقد سبق بيانها فيما تقدم^(١) - طلباته طلب إجراء التغيير

في بيانات السجل المبنى ، والتأشير بهذه الطلبات جميعا أمام بيانات السجل المراد تغييرها ، وتقديم شهادة دالة على حصول هذا التأشير حتى يمكن قبول الدعوى (١).
ويبدو أن قانون السجل المبنى يختلف عن قانون الشهر العقاري فيما يأتي :
في قانون الشهر العقاري ، يمكن ألا يشهر المدعى دعواه ويكتفي بشهر الحكم الصادر في الدعوى ، وفي هذه الحالة لا يسرى الحكم في حق الغير إلا من وقت شهره لأن صحيفة الدعوى لم تشهر . أما في قانون السجل المبنى ، إذا لم يشهر المدعى دعواه على النحو الذي بسطناه فيما تقدم ، فإن الدعوى لا تقبل منه أصلا ، فلا يتمكن بناء على ذلك من الحصول على حكم في الدعوى (٢).

(١) أما دعوى صحة التعاقد (دعوى صحة ونفاذ العقد) ، فلا تدخل ضمن الدعاوى الواجب قيدها في السجل المبنى ، إذ أن الحكم بصحة التعاقد ، طبقا لأحكام قانون السجل المبنى ، لا يمكن قيده في السجل ليستثنى به من المهر الرسمى . وعلى ذلك لم يعد هناك مجال لإدراج دعوى صحة التعاقد ضمن الدعاوى الواجب قيدها في السجل المبنى . ولكن تبقى دعوى صحة التعاقد جائزة ، فيما إذا أنكر البائع صدور البيع العرفى منه أو طعن في صحته فيرفع المشتري دعوى صحة التعاقد ، حتى إذا حصل على حكم لصالحه ، واستنعى البائع مع ذلك من توثيق البيع حتى يمكن قيده في السجل المبنى ، لم يبق أمام المشتري إلا المطالبة بالتعويض (أنظر ما سبق أن قررناه آنفا في هذا الصدد ص ٣٦١ هامش ١) .

ويزيد قانون السجل المبنى على قانون الشهر العقاري في أنه تقسم نصا صريحا بمعنى شهر إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقيد الحكم بشبوت الشفعة ، إذ تنص المادة ٣٦ من قانون السجل المبنى على ما يأتي : « يجب التأشير بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة في صحف الوحدات العقارية . ويترتب على ذلك أنه إذا تقرر حق الشفعين بحكم قيد في السجل أن يكون حجة على من تويت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ التأشير المذكور » . وقد قدما أن نصا صريحا مثل هذا النص كان يحسن أن يشتمل عليه قانون الشهر العقاري (أنظر آنفا ص ٣٥٥ هامش ٣) .

(٢) وقد عالج قانون السجل المبنى الدعاوى واجبة الشهر بموجب نص صريح والتي تكون قد رقت قبل العمل به دون أن تشهر صحيفة الدعوى فيها ، حتى يجري عليها أحكامه بأثر رجعي . فخصت المادة ٣٣ من هذا القانون على أن « الدعاوى المشار إليها في المادة السابقة والتي تكون منظورة أمام المحاكم وقت العمل بهذا القانون ، ولم تسجل صحيفتها ، لا يجوز الاستمرار في النظر فيها إلا بعد أن تتضمن الطلبات الختامية فيها إجراء التغيير في بيانات السجل ، وبعد التأشير فيه بمضمون هذه الطلبات . ويمنع المدعون في هذه الدعاوى ميعاد شهرين من تاريخ العمل بهذا القانون لطلب هذا التأشير ، فإذا لم تقدم في أول جلسة بعد انتهاء هذا الميعاد شهادة بحصول هذا التأشير توقف الدعوى » .

§ ٢ - كيف يكون إبراء شهر الدعاوى وما يترتب عليه من أثر

١٤٨ - كيف يكون إبراء شهر الدعاوى فى قانون الشهر العقارى :

يجب التمييز فى هذا الصدد بين دعاوى الطعن فى التصرفات (وجودا أو صحة أو نفاذا) ودعاوى الاستحقاق من جهة ، ودعاوى صحة التعاقد من جهة أخرى .

فأما دعاوى الطعن فى التصرفات ودعاوى الاستحقاق ، فتشهر بأحد طريقتين : (١) بطريق التأشير فى هامش تسجيل التصرفات المطعون فيها فى حالة دعاوى الطعن فى التصرفات ، أو فى هامش تسجيل سند المدعى عليه فى حالة دعاوى الاستحقاق (١) ، وذلك إذا كان التصرف المطعون فيه أو سند المدعى عليه مسجلا . (٢) فإذا لم يكن التصرف أو السند مسجلا ، كان شهر صحيفة الدعوى عن طريق تسجيلها استقلالا ، إذ لم يعد التأشير بها ممكنا . وتنص المادة ١٥/١ و٢ من قانون الشهر العقارى فى هذا المعنى ، كما رأينا ، على أنه يجب التأشير فى هامش تسجيل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى . . فإذا كان المحرر الأصلى لم يشهر ، تسجل تلك الدعاوى . ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال . . . » .

وأما دعاوى صحة التعاقد ، فلا يكون شهرها إلا بطريق تسجيل صحائفها استقلالا ، وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى فى هذا المعنى : « . . . كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية » .

والسبب فى هذا التمييز أن دعاوى الطعن فى التصرفات ودعاوى الاستحقاق تنصب مباشرة على تعديل حقوق قد يكون سبق تسجيلها ، فيكون شهر هذه الدعاوى إما بطريق التأشير إذا كانت هذه الحقوق قد سجلت ، أو بطريق التسجيل إذا كانت هذه الحقوق لم تسجل . أما دعاوى صحة التعاقد

(١) أنظر فى التفصيلات المتعلقة بالتأشير بصحيفة دعوى الاستحقاق أننا فقرة ١٤٦ .

فمنصب ، لا على تعديل حقوق سابقة ، بل على تصرفات جديدة تنقل هذه الحقوق إلى شخص جديد ، فيجب تسجيلها استقلالا .

وبمخلص من ذلك أن الدعاوى الخاضعة للشهر يكون شهرها بطريق التأشير في حالات معينة ، وبطريق التسجيل في حالات أخرى . وتنص الفقرة الثالثة من المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على ما يأتي : « وتحصل التأشير والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدتها بمجلد المحكمة » . والسبب في ذلك هو عدم تمكين المدعى من شهر الدعوى إلا بعد أن يثبت أنه جاد في رفع دعواه ، بأن يقيد الدعوى بمجلد المحكمة ويعلمها (١) قبل شهر صحيفتها . ولو لم يوجب القانون قيد الدعوى وإعلانها قبل شهر صحيفتها ، لأمكن المدعى أن يشهر صحيفة الدعوى ثم لا يعلمها . فتبقى هذه الدعوى سيفا معلقا يهدد المدعى عليه ، بما يستتبعه شهر صحيفتها من تقييد حريته في التصرف في العقار محل النزاع ، إذ لا يقدم أحد على التعامل معه في هذا العقار إلا وهو يحسب حساب الدعوى التي شهرت صحيفتها . ويقف المدعى عند شهر صحيفة الدعوى ، فلا هو كلف عن هذا الشهر حتى

(١) ورد في المادة ٣/١٥ من قانون الشهر العقاري كما رأينا : « وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدتها بمجلد المحكمة » . فقدم النص إعلان صحيفة الدعوى على قيدتها بمجلد المحكمة . وقد كان هذا صحيحا في تقنين المرافعات قبل تعديله ، إذ كانت المادة ١/٧٥ من هذا التقنين قبل التعديل تنص على أنه « على المدعى بعد تسلمه أصل الصحيفة المعلقة أن يقدمه لقلم الكتاب لقيد الدعوى بمجلد المحكمة في اليوم السابق لتاريخ الجلسة المحددة لنظرها على الأكثر » . ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ يعدل كثيراً من نصوص تقنين المرافعات ، ومنها المادة ٧٥ سائلة الذكر ، فأصبحت الفقرتان الأولى والثانية منها يجرىان على الوجه الآتي : « على المدعى أن يقدم لقلم كتاب المحكمة وقت تقديم صحيفة دعواه صوراً منها بقدر عدد المدعى عليهم وصورة لقلم الكتاب . ويقيد قلم الكتاب الدعوى في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك بعد أن يثبت تاريخ الجلسة المحددة لنظرها في أصل الصحيفة وصورها ، ثم يبيعا إلى المدعى ليتولى تسليمها إلى قلم المحضرين لإعلانها » . فأصبح قيد الدعوى بمجلد المحكمة ، بموجب هذا النص المعدل ، يسبق إعلانها . ولذلك وردت الفقرة الثالثة من المادة ١٣ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق ، المقابلة للفقرة الثالثة من المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري ، على الوجه الآتي : « وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد قيد الدعوى بمجلد المحكمة وإعلانها » .

لا يقيد حرية المدعى عليه في التصرف ، ولا هو مضى في الدعوى إلى أن يبت فيها ويتبين مصيرها .

وطريق آخر فتحه المشرع للمدعى عليه يعالج به رفع المدعى للدعوى الكيدية ، وشهر صحافتها تحتاً وتعسفاً . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٨ من قانون الشهر العقاري على ما يأتي : « كذا للطرف ذي الشأن أن يطلب إلى القاضي (قاضي الأمور المستعجلة) نحو التأشير أو التسجيل المشار إليه في المادة الخامسة عشرة ، فيأمر به القاضي إذا تبين أن الدعوى التي نأشر بها أو سجلت لم ترفع إلا لغرض كيدى محض » (١) . فيجوز إذن للمدعى عليه ، وكذلك لدائته لا فحسب بطريق الدعوى غير المباشرة بل أيضا بطريق مباشر لأنه ذو شأن ، أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة نحو التأشير بصحيفة الدعوى أو نحو تسجيلها إذا أثبت أن هذه الدعوى دعوى كيدية محضة ، الغرض منها غل يد المدعى عليه عن التصرف في عقاره ، أو غل يد دائته عن التنفيذ على هذا العقار .

والتأشير بصحيفة الدعوى أو تسجيلها ليس إلا إجراء تمهيديا يراد به التحضير للتأشير بمنطوق الحكم النهائي الذي يصدر في هذه الدعوى . فإذا ما صدر الحكم النهائي لصالح المدعى في الدعوى التي شهرت صحيفتها ، كان على هذا الأخير أن يؤشر بمنطوق هذا الحكم في ذيل التأشير بصحيفة الدعوى إذا كانت هذه الصحيفة قد أشر بها ، أو في هامش تسجيل الصحيفة إذا كانت قد سجلت . وتنص المادة ١٦ من قانون الشهر العقاري في هذا المعنى على أن « يؤشر بمنطوق الحكم النهائي في الدعوى الميئة بالمادة السابقة في ذيل التأشير بالدعوى أو في هامش تسجيلها » (٢) .

(١) بقى هذا النص على حاله في المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق (الفقرة الثانية من المادة ١٦ من المشروع) ، إلا أن نص المشروع أدق إذ يقول « كذلك لذى الشأن » بدلا من عبارة « كذا الطرف ذي الشأن » الواردة في نص قانون الشهر العقاري الحال ، وواضح أن العبارة الأولى أدق فهي تتسع لتشمل المدعى عليه والدائن وكل ذي شأن آخر .

(٢) بقى هذا النص على حاله في الفقرة الأولى من المادة ١٤ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق . وأضيف في المشروع إلى المادة ١٤ هذه فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتي : « ويتم التأشير بالنسبة للأحكام الواجب تسجيلها ، الصادرة في دعاوى الاستحقاق ودعوى صحة التماقد على حقوق عينية عقارية » - عقب تسجيل هذه الأحكام . - ويتبين من هذا النص أن الحكم النهائي في دعوى الاستحقاق وفي دعوى صحة التماقد يجب تسجيله استقلالا ، ولا يمكن بالتأشير به . بل إن التأشير به لا يجوز إجراؤه إلا بعد أن يتم تسجيل الحكم .

١٤٩ - كيف يكونه إجراء شهر الدعاوى في قانونه السجل العيني :

رأينا أن المادة ٣٢ من قانون السجل العيني تنص على أن « الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقارى أو بصفة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها يجب أن تتضمن الطلبات فيها إجراء التغيير في بيانات السجل العيني ، ولا تقبل الدعاوى إلا بعد تقديم شهادة دالة على حصول التأشير في السجل بمضمون هذه الطلبات (١) » . ويتبين من هذا النص أن شهر الدعاوى الواجبة الشهر في قانون السجل العيني يستوجب خطوات ثلاثا :

أولا - تتضمن الطلبات الواردة في صحيفة الدعاوى طلبا إضافيا هو إجراء التغيير في بيانات السجل العيني بما يقتضيه مضمون هذه الطلبات . فإذا كانت الدعاوى مثلا بطلب بطلان عقد ، وجب أن تتضمن الطلبات طلبا بمحو القيد الخاص بهذا العقد في السجل العيني . فإذا ما خلت صحيفة العقار من هذا القيد بعد الحكم بمحوه ، رجع العقار إلى ملك المدمى بموجب القيد السابق على القيد المحكوم بمحوه ، ويعتبر القيد المحو كأن لم يكن .

ثانيا - التأشير في السجل العيني بمضمون الطلبات في الدعاوى ، بما فيها طلب إجراء التغيير في بيانات السجل العيني على النحو سالف الذكر .
ثالثا - تقديم شهادة تدل على حصول التأشير على الوجه المتقدم الذكر ، ولا يجوز قبول الدعاوى إلا بتقديم هذه الشهادة .

وبعد هذه الخطوات الثلاث يسار في نظر الدعاوى ، بعد أن تكون صحيفتها قد شهرت (٢) ، إلى أن يبت فيها بحكم نهائى .

ويجب أن يوثق في السجل العيني بمنطوق هذا الحكم النهائى ، إذ تنص المادة ٣٤ من قانون الشهر العقارى على أن « يوثق في السجل العيني بمنطوق الحكم النهائى الصادر في الدعاوى الميئة في المادة السابقة » .

١٥٠ - ما يترتب على شهر الدعاوى من أثر في قانونه الشهر العقارى :

تنص المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى

(١) أنظر آفد قرة ١٤٧ .

(٢) وتنص الفقرة الثانية من المادة ٤٢ من قانون السجل العيني على ما يأتى : « وكذلك على الشأن أن يطلب إلى القاضى (قاضى الأمور المستعجلة) محرر التأشير المشار إليه في المادة ٣٢ (التأشير بمضمون الطلبات في الدعاوى واجبة الشهر) ، فليحرر به القاضى إذا تبين أن الدعاوى التى أثير بها لم ترفع إلا لغرض كيدى محض » .

المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى ، إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما (١).

ويتبين من هذا النص أن شهر الدعاوى السابق ذكرها يكون حجة على الغير ، والغير هنا هو من ترتب له حق عيني على العقار محل الدعى وقام بشهره طبقا للقانون . فاذا فرض أن عقارا بيع وأن عقد البيع سجل ، ثم رفع البائع دعوى بفسخ البيع ، فقد قدمنا أنه يجب أن يؤثر على هامش تسجيل البيع بصحيفة دعوى الفسخ . فاذا تصرف المشتري فى العقار بأن رهنه مثلا ، وقيد الدائن المرتهن الرهن قبل صدور الحكم فى دعوى الفسخ ، ثم صدر الحكم بفسخ البيع وللفسخ أثر رجعى إذ يعتبر العقد المفسوخ كأن لم يكن كما هو معروف ، فهل يحتاج بفسخ البيع على الدائن المرتهن فيعتبر أنه قد ارتهن من مالك قد فسخ عقده أى من غير مالك فيكون الرهن باطلا ؟ هنا يجب التمييز بين حالتين :

(١) يقابل هذا النص المادة ١٥ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى و التوثيق ، وتجرى على الوجه الآتى : ١٥ - يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الثالثة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى ، إذا ما تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ٢ - على أنه إذا تم شهر هذا الحكم بعد خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائيا ، فلا يكون حجة إلا من تاريخ إجراء هذا الشهر . وتبدأ مدة الخمس سنوات بالنسبة للأحكام النهائية القائمة وقت العمل بهذا القانون من تاريخ العمل به . ٣ - ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما . وقد زاد المشروع الجديد الفقرة الثانية يستحث بها شهر الحكم ، بحيث إذا لم يشهر فى خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائيا ، لم يكن حجة على الغير إلا من تاريخ إجراء هذا الشهر ، بدلا من أن تنسحب حجتيه إلى الماضى من تاريخ شهر صحيفة الدعى فيما إذا شهر فى خلال الخمس السنوات . والمشروع الجديد يتشبه فيما استحدثه من هذا مع قانون السجل المبنى (٣٥٢ من هذا القانون وسيأتى بيانه فيما يلى فقرة ١٥١) . ولكن يلاحظ أن الفقرة الثالثة من المشروع الجديد أصبحت بهذه الإضافة المستحدثة ناقصة ، وكان الواجب أن تكون على الوجه الآتى : « ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما فى الفقرة الأولى ، أو قبل شهر الحكم المشار إليه فى الفقرة الثانية » .

(الحالة الأولى) أن يكون الدائن المرتهن قد قيد حق الرهن بعد شهر

دعوى الفسخ ، أى بعد التأشير بصحيفة الدعوى على هامش تسجيل البيع وفى هذه الحالة يكون الحكم بفسخ البيع حجة عليه ، فيسترد البائع العقار بعد فسخ البيع خاليا من الرهن . ويستوى فى ذلك أن يكون الدائن المرتهن مسمى النية أو حسن النية ، فلو أنه كان لا يعلم وقت أن ارتهن العقار أن هناك دعوى مرفوعة بفسخ البيع أى لو أنه كان حسن النية ، فإن الحكم بالفسخ يكون مع ذلك حجة عليه . ذلك لأن شهر صحيفة الدعوى يفرض معه فرضا غير قابل لإثبات العكس أن الدائن المرتهن كان يعلم ، أو كان ينبغي أن يعلم ، سبق رفع دعوى الفسخ ، إذ كان من الواجب عليه قبل أن يقدم على ارتهان العقار أن يبحث فى سجلات الشهر العقارى فيجد أن صحيفة دعوى الفسخ قد شرت . ويلاحظ أن شهر الحكم النهائي بالفسخ على الوجه الذى قدمناه (١) يكون على هذا النحو له أثر رجعى ، فإن هذا الحكم يحتاج به على الدائن المرتهن ، لا من وقت شهره فحسب ، بل أيضا من وقت شهر صحيفة الدعوى بالفسخ التى صدر فيها هذا الحكم ، أى من وقت متقدم على الوقت الذى شهر فيه الحكم . وهذا الأثر الرجعى هو الأمر الجوهري المقصود بشهر صحيفة الدعوى ، فالتطلب القانون شهر صحيفة الدعوى إلا لجعل لشهر الحكم الصادر فى هذه الدعوى أثرا رجعيا ينسحب إلى وقت شهر الدعوى . فنع القانون بهذه الطريقة المدعى عليه ، عندما ترفع عليه الدعوى ، من أن يندفع إلى التصرف فى العقار قبل صدور الحكم النهائي إذا توقع أن هذا الحكم سيصدر لغير صالحه . وذلك بأن أوجب شهر صحيفة الدعوى حتى يكون الشهر حجة على من يتصرف له المدعى عليه ، وجعل لشهر الحكم النهائي أثرا رجعيا يستند إلى وقت شهر صحيفة الدعوى ، فيصبح الحكم حجة على الغير الذى تصرف له المدعى عليه .

(الحالة الثانية) أن يكون الدائن المرتهن قد قيد الرهن قبل شهر دعوى

الفسخ . فى هذه الحالة لا يكون الحكم النهائي بالفسخ ، حتى لو شهر ،

(١) أنظر آنفا ص ٤٠٩ .

حجة عليه ، ويبقى حق رهنه قائما بالرغم من فسخ البيع ، ويسترد البائع العقار من تحت يد المشتري بعد فسخ البيع محملا بحق الرهن . ولكن يشترط في ذلك أن يكون الدائن المرتهن وقت أن ارتهن العقار حسن النية ، أى لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم أن هناك سببا لفسخ البيع ويعتقد أن ملكية المشتري الراهن ملكية بارة لا عيب فيها ولا تقبل النقض^(١) . فإذا كان سبب النية يعلم بعيب في ملكية المشتري أو أنها ملكية معرضة للفسخ ، كان الحكم النهائي بالفسخ إذا شمر حجة عليه فيزول حق الرهن بحكم الأثر الرجعى للفسخ ، ويسترد البائع العقار من تحت يد المشتري خاليا من الرهن .

وإذا فرض أن الدعوى المرفوعة ، بدلا من دعوى الفسخ ، هى دعوى صحة التعاقد (مثلا دعوى صحة ونفاذ البيع) وشمر المشتري صحيفة الدعوى ، فإذا كان البائع قد باع العقار مرة ثانية وبجل المشتري الثانى عقده بعد شهر صحيفة دعوى صحة ونفاذ البيع ، فإن الحكم النهائي الذى يصلر فى الدعوى متى سهر يكون حجة على المشتري الثانى كما سبق القول فى الحالة الأولى ؛ أما إذا بجل المشتري الثانى عقده قبل شهر صحيفة الدعوى ، فإن

(١) كانت المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى تنص فى فقرة ثالثة على ماينى : « ويعتبر الغير حسن النية إذا كان لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بالسبب الذى تستند إليه الدعوى » . وقد تبين أن ذكر هذه الفقرة جاء على سبيل الخطأ المادى ، ولذا صدر مرسوم فى ٢٩ سبتمبر سنة ١٩٤٧ بحذفها تصحيحا للنص (الوسيط ٤ فقرة ٢٦٣ ص ٤٦٧ هامش ١) .

وتنص المادة ١٠٣ مدنى على أنه « يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن » . ويمكن اعتبار هذا النص تطبيقا للمادة ١٧ من قانون الشهر العقارى ، بفرض فرضا غير قابل لإثبات العكس أن الدائن المرتهن يكون سبب النية إذا كان قد قيد رهنه بعد شهر صحيفة دعوى الفسخ كما سبق القول ، وذلك لتوفيق ما بين النصين (الوسيط ٤ فقرة ٤١٠ ص ٨٢٩ - وانظر أيضا الوسيط ١ فقرة ٣٤١ وفقرة ٤٧٩) . والغير الذى كسب حقه وشهره قبل شهر صحيفة الدعوى يجب أن يكون قد كسب هذا الحق بعقد جدى لا بعقد صورى ولا بعقد باطل ، لأن الشهر لا يمكن أن يرتب للعقد الصورى ولا للعقد الباطل آثارا قانونية لم تكن له قبل الشهر ، فيقف فى مضمار المفاضلة مع عقد جدى ولو كان غير مسجل (أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٦٣ ص ٤٦٧ هامش ١ والأحكام المشار إليها فيه) . وانظر أنور سلطان فى البيع الطبعة الثانية سنة ١٩٥٢ فقرة ١٧٥ ص ٢١١ - حسن كبيرة ص ١٣ .

الحكم النهائي الصادر في دعوى صحة التعاقد ، حتى لو شهر ، لا يكون حجة عليه ، بشرط أن يكون حسن النية . وحسن النية هنا ليس معناه مجرد عدم علم المشتري الثاني بسبق صدور بيع من البائع ، فان المشتري الثاني في دعوى صحة التعاقد لا يكون سميء النية إذا سبق إلى التسجيل ، لولا يكون تسجيله باطلا ، إلا إذا كان متواطئا مع البائع للإضرار بالمشتري الأول (١) ، وقد قدمنا أن التسجيل في قانون الشهر العقاري لا يطله إلا التواطؤ (٢) .

١٥١ - ما يترتب على شهر الدعاوى من أثر في قانونه السجل العيني :

تنص المادة ٣٥ من قانون السجل العيني على أنه « يترتب على التبشير بالدعاوى في السجل العيني أن حق المدعى ، إذا تقرر بحكم موثر به طبق القانون خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائيا ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق وأثبتت لمصلحتهم بيانات في السجل ابتداء من تاريخ التبشير بهذه الدعاوى في السجل . وتبدأ مدة الخمس السنوات بالفسية إلى الأحكام

(١) ويجب التمييز بين تحديد معنى حسن النية بالنسبة إلى دعاوى الطعن في التصرف (كدعوى الفسخ ودعوى الإبطال) ودعاوى الاستحقاق ، وتحديد معنى حسن النية بالنسبة إلى دعاوى صحة التعاقد . وبعد أن حذفت الفقرة الثالثة من المادة ١٧ من قانون الشهر العقاري على الوجه السابق بيانه (أنظر آنفا ص ٤١٣ هامش ١) ، وهي الفقرة التي كانت تعدد معنى حسن النية ، أصبح القضاء حراً في تحديد هذا المعنى في الحالات المختلفة ، كل حالة بما يلائمها . فحسن نية المشتري بالنسبة إلى دعاوى الطعن في التصرف ودعاوى الاستحقاق يجب أن يكون علم العلم بمسبب سند البائع وقت التعاقد المشتري منه في دعاوى الطعن في التصرف ، أو عدم العلم بانعدام هذا السند بتاتا في دعاوى الاستحقاق . أما في دعوى صحة التعاقد ، فلا يصح أن يكون مجرد علم المشتري الثاني بسبق تصرف البائع في العقار نافيا لحسن نيته . فالعصر السابق غير مسجل ولا يزال البائع مالكا لما يبيع ، ومن حق المشتري الثاني أن يفتريه من المالك ولوسبق المالك التصرف فيه ، فقد يكون هذا التصرف ميبا ، والمالك على كل حال لم يجرده من ملكيته . وإنما يكون المشتري الثاني سميء النية إذا تواطأ مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول ، بأن أقدم على الشراء وهو عالم بالبيع الأول متواطئا في ذلك مع البائع ، ويأدر إلى تسجيل عقده قبل أن يتمكن المشتري الأول من شهر صحيفة دعواه بصحة ونفاذ البيع الأول . أنظر في ذلك ما قدمناه في الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٤٨ - ص ٥٥٠ - شفيق شحاتة فقرة ١٩٦ . وانظر في مجاوزة واضعي قانون الشهر العقاري للفرض الذي قصدوا إليه عندما نقلوا المادة ٢/١٧ من قانون الشهر العقاري من المادة ٢/١٢ من قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ : الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٤٨ هامش ١ .

(٢) أنظر آنفا ص ٣٧٣ - وقارن حكر كيرة ص ١٤ - ص ١٥ .

النهائية القائمة وقت العمل بهذا القانون من تاريخ نفاذ القرار المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار . ويتبين من هذا النص أنه يجب التمييز بين حالتين :

(الحالة الأولى) أن يؤثر بالحكم النهائي الصادر في الدعوى التي شُهرت صحيفتها في السجل العيني في خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورة الحكم نهائياً^(١) . وفي هذه الحالة يكون الحكم النهائي حجة على الغير ، ممن ترتبت لهم حقوق عينية على العقار وأثبتت لمصلحتهم بيانات في السجل العيني ، بأثر رجعي ينسحب إلى وقت شهر صحيفة الدعوى . فإذا كانت الدعوى يطالب فيها البائع بفسخ بيع عقار صادر منه ومقيد في السجل العيني ، وكان المشتري قد رتب رهنا على هذا العقار ، ولكن البائع شهر صحيفة دعوى الفسخ قبل أن يقيد الدائن المرتهن حق رهنه في السجل العيني ، فإن الحكم النهائي الصادر بفسخ البيع إذا أثر به في السجل يستند أثره إلى الماضي أي إلى وقت شهر صحيفة دعوى الفسخ ويكون حجة على الدائن المرتهن ولو كان حسن النية ، فيزول الرهن ، ويسترد البائع من المشتري العقار خالياً من هذا الحق . أما إذا قيد الدائن المرتهن حق رهنه في السجل

(١) والأحكام التي صدرت أو تصدر قبل العمل بقانون السجل العيني ، والتي لم تكن قد أشر بها طبقاً لأحكام قانون الشهر العقاري التي صدرت أو تصدر هذه الأحكام في ظله ، ينسحب عليها قانون السجل العيني بأثر رجعي ، ويوجب هذا القانون التأثير بها في خلال خمس سنوات ، لامن وقت صيرورتها نهائية وإلا كان في ذلك عنت لا يبرره إذ يحتمل أن يكون قد انقضى هذا الميعاد أو كاد ينقضى وقت العمل بقانون السجل العيني ، بل من وقت العمل بقانون السجل العيني . فيكون أمام من صدرت هذه الأحكام لمصلحتهم خمس سنوات كاملة للتأثير بهذه الأحكام ، ويتسللون بذلك مع من تصدر أحكام لمصلحتهم منذ العمل بقانون السجل العيني فهو لا أمامهم أيضاً خمس سنوات كاملة منذ صيرورة الأحكام نهائية للتأثير بها .

ويلاحظ أنه من صدرت أحكام لمصلحتهم في ظل قانون الشهر العقاري كان لهم ، بموجب أحكام هذا القانون الأخير ، أن يؤثروا بأحكامهم في أي وقت ولو بعد انقضاء خمس سنوات ، فينسحب أثر التأثير بالحكم إلى وقت شهر صحيفة الدعوى . فإذا ما أدركهم قانون السجل العيني ولم يكونوا قد أثروا بأحكامهم ، لا يصبح أمامهم إلا خمس سنوات منذ نفاذ قانون السجل العيني للتأثير بأحكامهم . فإن انقضى هذا الميعاد دون أن يؤثر هؤلاء الأحكام ، ثم أثروا بها بعد ذلك ، فإن أثر التأثير لا ينسحب إلى وقت شهر صحيفة الدعوى بل لا يكون للتأثير أثر إلا من وقت التأثير بالحكم .

العيني قبل شهر صحيفة دعوى الفسخ ، فان الحكم بالفسخ ، حتى لو أشر به في السجل العيني ، لا يكون حجة على الدائن المرتهن ، ويبقى حق رهنه قائما بالرغم من فسخ البيع ، ويسرد البائع من المشتري العقار محملا بهذا الحق . وهنا ، في قانون السجل العيني بخلاف قانون الشهر العقاري ، لا يشترط أن يكون الدائن المرتهن حسن النية حتى يظل حق رهنه قائما . فإدام هذا الدائن قد قيد حق رهنه في السجل العيني قبل شهر صحيفة دعوى الفسخ ، فان لقيد حقه حجة مطلقة لا يزيلها سوء النية بل ولا التواطؤ ، فيبقى حقه قائما ينتج به على البائع حتى بعد صدور حكم نهائي بفسخ البيع وبعد استرداد البائع العقار المرهون من تحت يد المشتري ، فيسرده مثقالا بحق الرهن .

(الحالة الثانية) أن يؤثر بالحكم النهائي الصادر في الدعوى التي شهت صحيفة في السجل العيني ويكون التأشير بعد انقضاء خمس سنوات من وقت صيرورة الحكم نهائيا . وفي هذه الحالة لم يرد المشرع في قانون السجل العيني أن يمنح من صدر الحكم لصالحه الميزة التي منحها له فيها لو أشر بالحكم في خلال الخمس السنوات ، فسكت عن أن يجعل للتأشير بالحكم أثرا رجعيا يستند إلى وقت شهر صحيفة الدعوى ، وذلك جزاء له على تأخره في التأشير بالحكم ، وحتا لمن صدرت أحكام لمصلحتهم على ألا يتأخروا عن التأشير بها أكثر من خمس سنوات . ومن ثم تسرى القواعد العامة في هذه الحالة ، ولا ينتج التأشير بالحكم - ونفرضه حكما بفسخ البيع - أثره إلا من وقت التأشير به في السجل العيني ، دون أثر رجعي يستند إلى وقت شهر صحيفة دعوى الفسخ . وعلى ذلك إذا ترتب حق رهن مثلا على العقار ، وقيد الدائن المرتهن حقه في السجل العيني بعد التأشير بحكم الفسخ ، كان الحكم حجة على هذا الدائن وزال حق رهنه بفسخ البيع ، واسترد البائع من تحت يد المشتري العقار خاليا من هذا الرهن . أما إذا قيد الدائن المرتهن حق رهنه قبل التأشير بحكم الفسخ ، ولو بعد رفع دعوى الفسخ ، بل ولو بعد شهر صحيفة هذه الدعوى ، فان التأشير بالحكم بالفسخ لا يكون حجة على الدائن المرتهن ، حتى لو كان مسمى النية أى كان يعلم وقت أن ارتهن العقار أن

هناك دعوى مرفوعة بفسخ البيع ، بل ولو كان متواطئا مع المشتري .
 فيبقى حق رهته قائما بالرغم من فسخ البيع ، ويسترد البائع من تحت يد
 المشتري العقار المرهون مثقلا بهذا الحق . ذلك أن قيد الرهن في السجل
 العيني له حجية مطلقة كما قلنا لا يزيلها سوء النية ولا التواطؤ ، ثم إن
 البائع لم يوثق بحكم الفسخ إلا بعد خمس سنوات من صيرورة الحكم نهائيا ،
 فيكون قيد الرهن حجة عليه إلى وقت التأشير بالحكم ، حتى لو كان قد
 شهر صحيفة دعوى الفسخ قبل ذلك .

المبحث الثاني

إجراءات الشهر

المطلب الأول

إجراءات الشهر في قانون الشهر العقاري

١٥٢ - **مؤيد الموضوع :** نوجز القول في إجراءات الشهر في قانون

الشهر العقاري ، فهي إجراءات تغلب فيها الناحية العملية ، ويرجع فيها
 إلى ما جرى عليه العمل في مكاتب الشهر العقاري وهو ما يضيّق عنه هذا
 الكتاب .

ونستبعد من بحثنا : (١) تنظيم مكاتب الشهر ، ويمكن الرجوع إلى
 قانون الشهر العقاري (في الباب الأول منه) للإلمام بهذا التنظيم (١) .

(١) أنشأ قانون الشهر العقاري مكاتب للشهر العقاري في المديريات والمحافظات ، يعين
 بمرسوم دائرة اختصاص كل منها ، وتتولى شهر المحررات التي تقضى القوانين بتسجيلها
 أوبقيدها . ويلحق بكل مكتب مأموريات ، يعين بقرار من وزير العدل اختصاص كل منها .
 وأنشأ القانون مكتباً رئيسياً مقره مدينة القاهرة يرأسه أمين عام ، ويتولى إدارة مكاتب الشهر
 العقاري ومراقبتها وحفظ صور لجميع المحررات التي شهرت فيها وصور من الفهارس
 الخاصة بها . وتقوم مكاتب الشهر بإثبات المحررات في دفاتر الشهر والتأشير عليها بما يفيد
 شهرها ، وتصوير المحررات التي يطلب شهرها ، وحفظ أصول المحررات التي تشهر وموافاة
 الجهات المختصة بصور منها ، وباعداد فهارس المحررات التي تشهر ، وبالتأشيرات الهامشية
 وإرسال صور منها للمكتب الرئيسى ، وباعطاء الصور التي تطلب من المحررات التي تم شهرها ،
 وبإثباته في الإطلاع والكشف النظرى . ونص القانون على صدور مرسوم بلائحة تنفيذية
 تشمل على تنظيم دفاتر الشهر ودفاتر الفهارس ، وعلى التنظيم الداخلى لمكاتب الشهر العقاري
 (٢٧)

(٢) إجراءات قيد الحقوق العينية التبعية (في الباب الخامس من قانون الشهر العقاري) ، لأن الكلام فيها يكون عند الكلام في التأمينات العينية في الجزء العاشر من الوسيط . (٣) إجراءات شهر حق الإرث (في الباب السادس من قانون الشهر العقاري) ، فقد سبق بيانها (١) . (٤) وقد مضى القول في المهررات الواجب شهرها (في الباب الثاني من قانون الشهر العقاري) ، وهو ما قدمناه في المبحث الأول . أما الباب السابع والأخير من قانون الشهر العقاري ، فيعرض لأحكام وقتية ، سيأتي بيان بعضها في موضعه .

فلا يبق من أبواب قانون الشهر العقاري إلا بابان : الباب الثالث في إجراءات الشهر بوجه عام ، والباب الرابع في التأشيرات الهامشية . وتقتصر - في إيراد إجراءات الشهر موجزة - على هذين البابين . ويتبين من الرجوع إليهما أن هناك مسائل أربعا تستوجب البحث : (١) طلب الشهر والتأشير عليه بقبول إجراء الشهر . (ب) مشروع المحرر المراد شهره والتأشير عليه بصلاحيته للشهر . (ج) توقيع المحرر وعملية التسجيل . (د) التأشير الهامشي .

والمأموريات وسر السجل فيها . وقد صدر هذا المرسوم فعلا باللائحة التنفيذية في ١٤ أغسطس سنة ١٩٢٦ .

أما المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق فينشئ في كل محافظة مكتبا للشهر العقاري والتوثيق ، وتتبع هذه المكاتب مصلحة الشهر العقاري والتوثيق . ويلحق بكل مكتب مأموريات للشهر والتوثيق . يعين بقرار من وزير العدل دائرة اختصاص كل منها . وتتول مصلحة الشهر العقاري والتوثيق إدارة مكاتب الشهر العقاري والتوثيق ومراقبتها . وحفظ صور المهررات التي شيرت أو وثقت فيها وصور من الفهارس الخاصة بها . واختصاصات مكاتب الشهر العقاري في المشروع مماثلة تقريبا لاختصاصات هذه المكاتب في قانون الشهر العقاري .

وتنص المادة ٣ من قانون الشهر العقاري مجلس الشهر العقاري - رئيسه الأمين العام وأعضاؤه ستة يعينون بقرار من مجلس الوزراء لمدة ثلاث سنوات يكون من بينهم من يمثل جهوة القضاء ومصلحة المساحة وبيوت الاتقان العقاري - تعرض عليه مشروعات القوانين والمواضع والقرارات والمنشورات المتعلقة بالشهر العقاري . وله اقتراح ما يرى إدخاله على نظام الشهر من تعديلات . ويبحث ما يقدّم إليه من اقتراحات في هذا الشأن . وقد أُلغى المشروع الجديد هذا المجلس ، إذ لم يشر إليه في نصومه .

(١) انظر أنفاً فقرة ٦٨ وفقرة ٧٠ .

١٥٣ - طلب الشهر والناسبر عليه بقبول الشهر : يقدم طلب الشهر ، من أصل وصورتين ، للمأمورية التي يقع العقار في دائرة اختصاصها ، موقعا عليه من صاحب الشأن^(١) أو من يقوم مقامه قانونا كوكيل أو ولى أو وصى أو قيم^(٢) . ويجب أن يشتمل ، فضلا عما يتطلبه القانون في أحوال خاصة ، البيانات الآتية : (أولا) البيانات الدالة على شخصية كل طرف ، وعلى الأخص اسمه ولقبه وسنه وجنسيته وعمل وإقامته^(٣) واسم أبيه وجده لأبيه . ويجب أن يبين صفة مقدم الطلب ، كما في حالة قيام وكيل أو وصى أو قيم بأجراء الشهر ، ويرفق بالطلب التوكيل أو قرار المحكمة أو أى مستند آخر يفيد هذه الصفة . (ثانيا) البيانات اللازمة والمفيدة في تعيين العقار ، وعلى الأخص بيان موقعه وحدوده ومساحته . فان كان من الأراضي الزراعية وجب ذكر اسم الناحية والحوض ورقم القطعة ، وإن كان من أراضي البناء أو من العقارات المبنية وجب ذكر اسم القسم والشارع والحارة والرقم إن وجد . وإذا اقتضى التصرف تغييرا في دفاتر المكلفة ، وجب أن يتضمن الطلب بيانا عن رقم المكلفة الخاصة بالعقار وسننها واسم صاحب التكليف حسبما هو ثابت في آخرورد للمال أو قسيمة العوايد أو من واقع مستخرج رسمي من دفاتر المكلفات . ويقرن الطلب بما يؤيد بيانات التكليف من مستندات لينسب للمأمورية مراجعتها واتخاذ اللازم نحو إجراء التغيير في دفاتر المكلفات ، حتى تكون كاشفة عن جميع التطورات التي طرأت على الملكية العقارية . ويجب أيضا أن يتضمن الطلب بيان الحقوق العينية المقررة على العقار . وعلى الأخص ارتفاعات الرى والصرف .

(١) وليس من الضروري أن يوقع الطلب جميع أصحاب الشأن في المهر ، بل يكتفى توقيع أحد أطراف التماقد ، التصرف أو المتصرف إليه إذا كان الطلب يتعلق بمقد أو إرث . وفى غير ذلك من المهرات ، كصنف الدعاوى والأحكام ، يكتفى أن يوقع الطلب من كان المهر لصالحه .

(٢) أنظر البارة الأخيرة من المادة ١٩ من المشروع الجديد لقانون الشهر المقارى والتوثيق .

(٣) ويصح الاكتفاء بذكر محل الإقامة المختار ، فيصبح كل إخطار يوجه إلى صاحب الشأن فيه صحيحا وملزما قبل مصلحة الشهر المقارى .

(ثالثا) بيان موضوع المهر المراد شهره ، وبيان المقابل (من ثمن أو بدل) أو مقدار الدين (فى حالة الرهن) إن وجد . (رابعا) البيانات الخاصة بأصل حق الملكية أو الحق العيني محل التصرف ، وذلك فى العقود والإشهادات وأحكام صحة التعاقد^(١) . ويجب أن تشمل هذه البيانات على اسم المالك أو صاحب الحق العيني السابق ، وطريق انتقال الملكية أو الحق العيني إليه ، ورقم وتاريخ شهر عقد التملك إن كان قد شهر . ويقرن الطلب بالأوراق والمستندات المؤيدة لهذه البيانات^(٢) . ولا يقبل من المهرات ، فيما يتعلق بآثبات أصل الملكية أو الحق العيني ، إلا المهرات الآتية : (١) المهرات التى سبق شهرها ، فى حالة تلقى البائع أو الراهن الملكية بعقد أو حكم سبق شهره يكتفى بتقديمه . (٢) التصرفات التى تتضمن تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت تم قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ تاريخ العمل بقانون الشهر العقارى ، والمقصود بذلك الوصية لأنها لم تكن خاضعة للشهر قبل هذا التاريخ . ويشترط أن تكون الوصية قد تمت ، ومات الموصى ، وقبلها الموصى له ، قبل أول

(١) وقد اعتبر الحكم بصحة التعاقد مجرد إثبات لحصول التعاقد ، فلا يبنى طالب الشهر من تقديم جميع المستندات التى يقسمها صاحب الشأن فى العقود والإشهادات غير المتنازع عليها ولم تقتض استصدار حكم بصحة التعاقد . ولو سمح بشهر حكم صحة التعاقد دون مراجعة ، لأمكن من إيهام التحلل من تقديم المستندات المثبتة لأصل حق الملكية أن يتوطأ مع التعاقد الآخر على إقامة دعوى بصحة التعاقد ، ثم شهر الحكم الذى يصدر دون تقديم المستندات . هذا وقد زادت المادة ٢١ (سادسا) من المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق ، على العقود والإشهادات وأحكام صحة التعاقد ، ما يأتى : وأحكام القسمة ، وأحكام تثبيت الملكية إذا بنيت على الإقرار بأصل الالتزام أو على التسليم للمضى بطلباته ، وكذلك توثيق الصلح بين الخصوم أو إثبات ما اتفقوا عليه فى محضر الجلسة ، وأوامر الاختصاص . وذلك حتى لا تنشر أحكام يحتمل أن يكون الخصوم قد تواطؤوا على استصدارها ، وحتى يقضى على كل محاولة فى الاستيلاء على أملاك الغير عن طريق هذا التواطؤ .

(٢) وقد نص المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (١٩ م) على أن تقدم طلبات الشهر ، على النموذج المعد لذلك فى مقابل رسم قدره خمسون مليك ولكن وجة . وأريد بوضع نموذج لطلب الشهر التيسير للجمهور المتعاملين فى أن يعرفوا ما يجب أن يتضمنه الطلب من البيانات وما يجب تقديمه من المستندات ، فيمكن الطالب أن يعتد على نفسه فى إعداد الطلب . وقد أعد أيضا مشروع قانون بتنظيم مهنة الوساطة فى أعمال الشهر ، بحيث لا يتولاها إلا من يجيدها ويكون معروفا بحسن الخلق فلا يستغل الجمهور .

يناير سنة ١٩٤٧ ، فلا عبرة إذن بتاريخ تحرير الوصية ، ولا بتاريخ وفاة الموصى ، بل العبرة بانتقال الملكية إلى الموصى له قبل هذا التاريخ . (٣) المهررات التي ثبت تاريخها قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ تاريخ العمل بقانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، لأن الملكية كانت تنقل قبل هذا التاريخ فيما بين المتعاقدين بغير تسجيل ، فالعقد الذي ثبت تاريخه قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ يعتبر في حكم العقد المسجل من حيث انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين . ويشترط أن يكون ثبوت التاريخ عن غير طريق وجود ختم أو توقيع لإنسان توفى ، فقد شوهه من استقراء الحوادث أن كثيراً من المتعاملين يلجأون إلى إثبات تاريخ عقود غير ثابتة التاريخ عن طريق ختمها بختم إنسان توفى قبل سنة ١٩٢٤ وترك ختمه بعد وفاته ، أو عن طريق تزوير توقيعهم على هذه العقود (١) . (٤) المهررات التي تحمل تاريخاً غير ثابت سابقاً على سنة ١٩٢٤ ، إذا كان قد أخذ بها في مهررات تم شهرها أو نقل التكليف بموجبها لمن صدرت لصالحه . فإدام العقد غير ثابت التاريخ قد اعتبر مستنداً لأصل الملكية في مهرر تم شهره أو نقل التكليف بموجبه ، فقد وجب أن يعتبر مستنداً لأصل هذه الملكية في ظل قانون الشهر العقاري . وقد أضافت المادة ٥٥ من هذا القانون (في أحكامه الوقعية) ، إلى المستندات التي تعتبر أصلاً للملكية ، المهررات التي تحمل تاريخاً غير ثابت سابقاً على أول يناير سنة ١٩٢٤ ، إذا كان المهرر الذي يراد شهره قد تم توقيعهم والتصديق على الإمضاءات فيه أو صدر بشأنه حكم بصحة التعاقد أو التوقيع قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ . ذلك لأن المهرر المراد شهره يكون في هذه الحالة قد تمت مراجعته نهائياً طبقاً لأحكام قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، وأشار عليه من قلم استعمال المساحة بختم « نظر » وسدد عنه الرسم ،

(١) وقد صدر القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٤٢ يقضي بأن يستبد من طرق إثبات التاريخ وجود توقيع أو ختم لإنسان توفى قبل سنة ١٩٢٤ في المهررات المقيدة مستنداً لأصل ملكية المصروف ، وقد سار قانون الشهر العقاري على هذا المبدأ .

وتم توثيقه أو التصديق على التوقيع فيه ، فلا يسرى عليه قانون الشهر العقارى (١) .

ويدون الطلب « بدفتر أسقية الطلبات » (٢) ، مع ذكر تاريخ وساعة تقديمه للمأمورية . فإذا قدم للمأمورية طلبان متعارضان أو أكثر في شأن عقار واحد ، كما لو باع شخص عقارا مرتين وتقدم المشتريان بطلبين للشهر يسبق لإحدهما الآخر بوقت معين ، وجب بحث الطلب الأسبق مع وقف الطلب أو الطلبات اللاحقة إلى أن يتم التصرف في الطلب الأول . فإذا كان الطلب الأول تام الإجراءات ، بحث وسلم إلى صاحبه . ثم يبحث الطلب الثانى المزاحم ، ولا يسلم إلى صاحبه إلا بعد انقضاء فترة على تسليم الطلب الأول تساوى الفترة التى تقع بين ميعاد تدوين كل منهما فى دفتر

(١) أنظر فى التعليقات التى أصدرتها مصلحة الشهر العقارى فيما إذا كان أصل الملكية هو التملك بالتقادم الطويل : محمود شوقى فى الشهر العقارى علما وملا ص ٨٠ - ص ٨٢ - وقد قن المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق ما جرى عليه العمل فى هذا الصدد فيما استعملته من نصوص فى آخر المادة ٢٢ منه على الوجه الآتى : « وإذا ثبت أن أصل الملكية أو الحق المبنى لا يستند أساسا إلى محررا يعتبر مقبولا لذلك ، أوثبت وجود هذا المهر وتضمن تقديمه ، فيكتفى بتقديم كشوف رسمية من دفاتر التكاليف تثبت ورود العقار فى تكليف المتصرف أو موثره مدة خمس عشرة سنة سابقة على تقديم الطلب بالنسبة للأرض الزراعية وانتهاء من سنة ١٩٢٣ بالنسبة للعقارات الحينية الكائنة فى المدن المربوطة بموايد المياه ، بشرط أن يكون التكاليف الحالى باسم الصادر من المتصرف أو موثره تميز فى الحالتين بمحضر فى الطبيعة لإثبات وضع يد المتصرف أو موثره مدة خمس عشرة سنة سابقة على تقديم الطلب . على أنه يكتفى ، بالنسبة للعقارات الكائنة فى سكنات القرية المغلة من الضرائب فى الطبيعة لإثبات وضع يد المتصرف أو موثره ابتداء من سنة ١٩٢٣ حتى تاريخ تقديم الطلب . واستثناء من أحكام الفقرة الأولى ، إذا تبين أن المهر المقدم لإثبات أصل الملكية أو الحق المبنى يتعارض مع مستند المالك الحقيقى ، فلا يقبل هذا المهر فى إثبات الفرض المشار إليه . »

(٢) ويبين فى هذا الدفتر مراحل العمل بالطلبات والمفروحات (أنظر م ٢٠ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق وهى تتمشى مع المادة ٢/٤٧ من قانون السجل المبنى) . وقد نصت المادة ٢٤ من قانون الشهر العقارى (المعدلة بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٥٠) على أن « يؤدى رسم قدره خمسون قرشا عند تقديم الطلب ، ويعتبر الطلب كأن لم يكن إذا لم يتم شهر المهر خلال سنة من تاريخ قيد الطلب . وتحتط هذه المدة سنة ثانية إذا قدم الطالب قبل انتهاء السنة الأولى بأسبوعين طلبا بالاعتداد ، وأدى منه الرسم المطلوب » .

أسبقية الطلبات ، بحيث لا تجاوز الفترة سبعة أيام . أما إذا كان الطلب الأول يتقصه بعض البيانات أو المستندات ، فانه يحدد لصاحب الشأن أجل لاستيفاء النقص لا يتجاوز خمسة عشر يوما . فإذا استوفى النقص في الميعاد ، فحص الطلب وسلم لصاحبه ، ويجب انقضاء الفترة اللازمة قبل تسليم الطلبات اللاحقة لأصحابها . أما إذا لم يتم صاحب الشأن باستيفاء النقص في الميعاد المحدد ، رُفع رئيس المأمورية الأوراق إلى أمين مكتب الشهر الذي تتبعه المأمورية فيقرر أمين المكتب إما سقوط أسبقية الطلب الأول ويجب أن يكون هذا القرار مسيا ، أو وقف الإجراءات الخاصة بالطلبات التالية إذا كان مخلف صاحب الطلب الأول عن استيفاء النقص لا يرجع إلى تقصير منه (١)

(١) ويستطيع من قرار أمين المكتب سقوط أسبقية طلبه ، أو من طلبه باستيفاء بيان لا يرى وجها له ، أن يلجأ إلى نظام الشهر المؤقت ، إذ نصت المادة ٣٥ من قانون الشهر العقاري على مايلي : « لمن أشر على طلبه باستيفاء بيان لا يرى وجها له ، ولمن تقرر سقوط أسبقية طلبه بسبب ذلك ، أن يقدم بالحرر نفسه ... وذلك في خلال عشرة أيام من وقت إبلاغ قرار الاستيفاء أو السقوط إليه ، ويطلب إلى أمين المكتب إعطاء هذا الحرر . . رقبا وقتيا بعد أداء الرسم ، وتوثيق الحرر أو التصديق على التوثيقات فيه إن كان من المحررات العرفية ، وبعد إيداع كفاية قدرها نصف في المائة من قيمة الالتزام الذي يتضمنه الحرر ، على ألا يزيد مقدار هذه الكفاية على عشرة جنيهات ، ويجب أن تبين في الطلب الأسباب التي يستند إليها الطالب . وفي هذه الحالة يجب على أمين المكتب إعطاء الحرر . . رقبا وقتيا في دفتر الشهر المشار إليه في المادة ٣١ ودفاتر القهارس ، وأن يرفع الأمر إلى القاضي الأمور الوقتية بالهككة الانتهازية التي يقع المكتب في دائرتها . ويصدر القاضي قراره على وجه السرعة بإبقاء الرقعة الوقتية بصفة دائمة أو بإلغائها تبعا لتحقق أو تخلف الشروط التي يتطلب القانون توافرها لشهر الحرر . . ولا يجوز الطعن في القرارات التي تصدر على هذا الوجه بأي طريق . . ونصت المادة ٣٦ من نفس القانون على أنه « إذا صدر قرار القاضي بإبقاء الرقعة الوقتية ، وجب التأثير بذلك في دفتر الشهر ودفاتر القهارس ، واتخاذ باقي الإجراءات وعلى الأغص مايتعلق منها بالتصدير . وإذا صدر القرار بإلغاء الرقعة الوقتية ، وجب التأثير بذلك في دفتر الشهر ودفاتر القهارس ، وتصادد الكفاية المستندة ذكرها بقوة القانون ، ويرد الحرر . . لصاحب الشأن بعد التأثير عليه بفسخون القرار وتاريخه » .

هذا وقد أُلغى المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق نظام الشهر المؤقت ، ونص في المادة ٢٨ منه على إنشاء دفتر يومية تنقد فيه طلبات الشهر ، فيتمكن مكتب الشهر من مراجعة المحررات التي تقدم إليه ، على أن تكون في دفتر الشهر بعد مراجعتها في اليوم التالي . ولمواجهة حالات التضارب بين المحررات المقتضية لمكاتب الشهر إذا ما علم أكثر من محرر في شأن مقام واحد ، ولأن أفضلهما قانون الشهر العقاري ، نص على عدم جواز شهر محرر لاحق -

وبهذا تنقرر الأسبقية فيما بين الطلبات المتعارضة ، فيقدم الطلب السابق على الطلب اللاحق ، ما لم يتقرر نهائياً سقوط أسبقية الطلب السابق (١) .

وبحث الطلب يكون من الناحية الهندسية ، ومن الناحية القانونية . فن الناحية الهندسية ألحق بالمأموريات أقلام استعلامات هندسية ، وهذه تراجع الطلب من الناحية المساحية لتثبت من موقع العقار وحدوده ومسطحه ، وقد ينتقل القلم الهندسى لمعاينة العقار على الطبيعة وتحديد بوضع علامات حديدية عليه . فإذا ما أتم الطلب الهندسى بحث الطلب من الناحية المساحية ، بحث الطلب بعد ذلك من الناحية القانونية . فتتولى المأمورية بحث البيانات الواردة فيه للتأكد من مطابقتها للأوضاع المقررة قانوناً ، ثم تبحث المستندات المرافقة للطلب لتثبت بوجه خاص من أصل الملكية بفحص المستندات المقدمة من البائع مثلاً لإثباتا للملكية . فإذا ما تم بحث الطلب من الناحيتين الهندسية والقانونية ، أشرت المأمورية بالقبول للشهر بنظم نقش عليه عبارة « مقبول للشهر » (٢) .

تقبل مقرر سابق يتعارض مع إلا إذا صدر قرار نهائى من أمين المكتب بإسقاط أسبقية المهر السابق . وتوسع المشروع فى الحالات التى يجوز فيها التظلم من قرارات المأمورية ومن قرارات المكتب ، وفرض رقابة قضائية قبل التظلم لقاضي الأمور المستعجلة حتى يستطيع مثل المصلحة قبل الحكم بإيداء وجهة النظر الفنية التى قد لا تظهر بوضوح إذا ترك الأمر للذكرات التى تقدم لقاضي الأمور الوقتية (أنظر فى كل ذلك المواد ٣٣ - ٣٩ من المشروع) .

(١) وفى حالة طول أصحاب الشأن من التسجيل لا يرد ما سبق دفعه من رسوم التسجيل حتى لو سلمت الجهة الإدارية خطأ بأحقية دافع الرسم فى استرداده (نقض مدنى ١٨ فبراير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢٩ ص ١٨٧) - وانظر أيضاً نقض مدنى ١٧ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ١٣٦ - ١٤ فبراير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ٢٥٤ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ١٠٩٨ .

(٢) والأصل أن تؤمر المأمورية حل أصل الطلب بعبارة « مقبول للشهر » . ولكن كثيراً ما يحدث أن تكون الحدود والمساحات الخاصة بالعقار لا تطابق الواقع ، وكذلك الأمر فيما يتعلق بباقي البيانات الواردة فى الطلب . فتجرى المأمورية التصحيحات اللازمة ، وتدون هذه التصحيحات فى نموذج خاص اسمه « إخطار بالقبول للشهر » . وتسترشد المأمورية فى تحرير هذا الإخطار بما أدرجه مقدم الطلب من بيانات ، وما أسفر عنه بحثها لهذا الطلب من المستندات المقدمة ومن الدفاتر والخرائط والمراجع الموجودة بها . ويختم هذا الإخطار بنظم « مقبول للشهر » وإذا لم يتقدم صاحب الشأن لتسلم الإخطار فى خلال ثلاثة أيام من تاريخ تحريره ، أرسل إليه مع المستندات المقدمة منه فى العنوان الذى بينه فى الطلب .

١٥٤ - مشروع المحرر المراد شهره والتأشير عليه بمصرعية للشهر :

يعتبر « القبول للشهر » ترخيصا لصاحب الشأن في إعداد المحرر المراد شهره ، بعد أن تكون المأمورية قد ضبطت البيانات الخاصة بالعقار وأصل ملكيته ، وثبتت من مطابقة المحرر من ناحية الشكل لجميع الشروط المنصوص عليها في القانون لإجراء الشهر . وقد انتهت بالتأشير على الطلب بالقبول للشهر وهي الخطوة الأولى من المرحلة التمهيدية للشهر ، وتأتي بعد ذلك الخطوة الثانية لهذه المرحلة التمهيدية وهي تحضير مشروع المحرر .

فاذا كان المحرر المراد شهره عرفيا ، وجب أن يحمر على الورق الأزرق الخاص المعد لذلك ، ويكون التحرير بالمداد الأسود ، وهذا هو الأصل الذي يحفظ وتؤخذ منه صور فوتوغرافية . وإذا كان المحرر رسميا ، كان التحرير على ورق أبيض عادي مسطر ، وبعد توثيقه تحفظ منه الصورة الأولى وهي محررة على الورق الأزرق ، وتؤخذ من هذه الصورة الصور الفوتوغرافية . وفي الحالتين يجب أن يشتمل المحرر على جميع البيانات الواردة في « إخطار القبول للشهر » ، فيجب إذن أن يكون مشروع المحرر صورة كاملة لما هو وارد في إخطار القبول من بيانات ، وإلا وجب تقديم طلب جديد يرسم جديد وأسبقية جديدة .

فاذا أعد مشروع المحرر على النحو سالف الذكر ، قدمه صاحب الشأن إلى المأمورية مقرونا به إخطار القبول أو صورة الطلب المؤشر عليه بالقبول للشهر وجميع المستندات التي سبق تقديمها مع الطلب . فتقوم المأمورية بتدوينه ، بحسب تاريخ وساعة تقديمه ، « بدفتر أسبقية مشروعات المحررات » . فاذا قدم للمأمورية أكثر من مشروع محرر خاص بنفس العقار ، وجب بحث هذه المشروعات بحسب ترتيب تقديمها ، وإعادة المشروعات إلى أصحابها بنفس الترتيب بعد انقضاء فترة معادلة للفترة التي تقع بين ميعاد تقديم كل منها بحيث لا تتجاوز الفترة خمسة أيام (١) .

(١) ولم يقصد بنظام الأسبقية ، في الطلبات وفي مشروعات المحررات ، حاية صاحب الطلب أو المشروع الأول حاية مطلقة . ولكن أريد منه فترة مناسبة ليبادر إلى استكمال الخطوات اللازمة للشهر في أثنائها ، حتى يحفظ بأسبقيته . أما إذا سلم صاحب الطلب الأول إخطار القبول فأهل في تقديم مشروع المحرر ، ويبادر صاحب الطلب الثاني إلى تقديم مشروع

وبحث مشروع المحرر يكون بالتثبت من مطابقة البيانات الواردة فيه لبيانات الطلب الخاص به ، فإذا وجدت مطابقة أشرت المأمورية على مشروع المحرر بصلاحيته للشهر ، وذلك بوضع خاتم عليه في صدره وفي آخره من التاحيتين يسمى خاتم « صالح للشهر » (١) .

١٥٥ - توقيع المحرر وعملية التسجيل : تنتهى بالتأشير على مشروع المحرر بالصلاحيه للشهر المرحلة التمهيدية لإجراءات الشهر ، فإذا ما تسلم صاحب الشأن مشروع المحرر مؤشراً عليه بالصلاحيه للشهر قدمه إلى مكتب التوثيق المختص أو إلى أحد فروع له لتوقيعه من ذوى الشأن . فإذا كان المحرر رسمياً تولى مكتب التوثيق عملية توقيعه ، وإذا كان عرفياً تولى مكتب التوثيق التصديق على توقيعات ذوى الشأن . ولا تتم عملية التوقيع أو التصديق إلا بعد دفع رسم التوثيق أو التصديق ورسوم التسجيل كاملة .

ثم يقدم صاحب الشأن المحرر بعد توقيعه لمكتب الشهر الكائن في دائرته العقار ، وهو المكتب الذى تتبعه المأمورية التى تولت إتمام المرحلة التمهيدية للشهر ، ويرفق بالمحرر جميع المستندات المؤيدة للصفة والتكليف وأصل الملكية . ويعطى مكتب الشهر لمن قدم المحرر لإصالة مينا به رقم الشهر

عمره قبل صاحب الطلب الأول ، فإن الثانى يكسب حل الأول أسبقية في دفتر مشروعات المحررات وينعكس الترتيب .

هذا وقد ألغى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق أسبقية المشروعات اكتفاء بأسبقية الطلبات ، تبسيطاً للإجراءات وتيسيراً على أصحاب الشأن ، فعلى المشروع المادة ٣٣ من قانون الشهر العقارى حل الوجه الآتى : « إذا قدم للمأمورية أكثر من طلب في شأن عقار واحد ، يجب أن تبحث هذه الطلبات وفقاً لأسبقية تقديمها في الدفتر المد لك ، وأن تنقضى بين أبحاث الطلب السابق مؤشراً عليه بالقبول أو مشروعه مؤشراً عليه بالصلاحيه ، وإعادة الطلب اللاحق أو مشروعه مؤشراً عليه بذلك ، فترة معادلة للفترة التى تقع بين مباد كل من الطلبين ، حل ألا تتجاوز هذه الفترة سبعة أيام . وتحسب الفترة المتقدم ذكرهما عند إرسال نسخة الطلب أو مشروع المحرر مؤشراً عليها لصاحب الشأن بالبريد من تاريخ الإرسال » .

(١) وإذا كملت البيانات غير مطابقة ، لم يقبل مشروع المحرر ، ووجب تقديم مشروع جديد . وفي حالة ما إذا وجدت البيانات مطابقة ، وأشر على مشروع المحرر بصلاحيه الشهر ، ولم يتقدم صاحب الشأن لتسلم مشروع المحرر في خلال ثلاثة أيام من تاريخ التأشير عليه بالصلاحيه للشهر ، تولت المأمورية إرسال المشروع إليه في محل إقامته المين بالطلب .

وتاريخه ، وبين في الإيصال المستندات التي قدمها صاحب الشأن مع المحرر .
ورقم الشهر الذي يحمله الإيصال هو رقم مسلسل لكل محرر يقدم بحسب
ترتيب تقديم المحررات (١) ، بحيث لا يتم شهر محرر إلا في دور رقمه
المسلسل (٢) .

وتتم عملية التسجيل بتدوين المحرر في دفتر يعد لذلك بكل مكتب ،
ويسمى « بـدفتر الشهر » (٣) ، وتثبت فيه المحررات بأرقام متتابعة وفقا
لتواريخ وساعات تقديمها للشهر ، وبحسب أسبقيتها في التقديم للمكتب .
ويحفظ أصل المحرر المدون على الورق الأزرق الخاص إن كان من المحررات
العرفية ، أو الصورة الأولى المحررة على الورق الأزرق الخاص إن كان من
المحررات الرسمية ، وذلك في أماكن خاصة معدة لهذا الغرض . أما الذي
يدون في دفتر الشهر فرقم الشهر وتاريخ وساعة إجرائه واسم الصادر لمصلحته

(١) ونظام الأسبقية في الطلبات وفي مشروعات المحررات هو نفس نظام الأسبقية الذي
يتبع في الشهر النهائي . فإذا تباطأ صاحب المشروع الأول الصالح للشهر ، فن الجائز أن
يسبقه إلى التسجيل النهائي صاحب المشروع الثاني الصالح للشهر . ولما كانت البرة بالتسجيل
النهائي ، فإن هذا الأخير يكسب الملكية أو الحق المبنى نهائيا ، مع أنه كان في جميع المراحل
السابقة تاليا في الأسبقية لصاحب المشروع الأول .

(٢) ويسلم المحرر المعدل للشهر إلى قسم المراجعة بمكتب الشهر ، فيتولى القسم إعادة بحثه لتثبت
من أن تأثير المأمورية على مشروع المحرر بالصلاحيات للشهر لم يجانب الصواب في أي بيان
أو إجراء يتطلبه القانون ، كما يتولى مراجعة المحرر من ناحية الرسوم لتثبت من سلامة تقديرها .
ويتولى قسم المراجعة عمل ملخص (chemise) للمحرر ، ويوقع مقدم المحرر على تعهد
في صدر هذا الملخص بقبوله رد المحرر إليه في عنوانه المبين في المحرر أو في أي عنوان آخر
يبيته في حالة ما إذا لم يتقدم لتسلمه في ظرف عشرة أيام من تاريخ تقديمه ، إذا اتضح أن به
نقصا في الإجراءات أو الرسوم يمنع من إجراء عملية الشهر .

(٣) ويقفل الصل في دفتر الشهر في ذيل آخر محرر قدم الشهر في ذلك اليوم ، مع
ذكر الساعة ورقم المحرر الذي حصل التأشير في ذيله ، ويوقع أمين المكتب أو الأمين المساعد
على هذه البيانات ، كل هذا حتى لا يشهر محرر بتاريخ يوم سابق على تاريخ تقديمه الشهر .
ويكون دفتر الشهر مرقم الصفحات ، وسوقا على كل ورقة فيه من الأمين العام للشهر المقارن
أو من يتب لذلك بقرار من وزير العدل . ويفرد دفتر الشهر في كل مكتب لكل سنة ، فإذا انتهى
الصل في ٣١ ديسمبر من أي سنة حرر محضر في ذيل آخر محرر شهر في هذا التاريخ . وينتهي
الصل في هذا الدفتر نهائيا ، على أن يصبر إثبات المحررات ، اعتباراً من أول يناير التالي ، في
دفتر جديد .

المحرر ، واسم الصادر ضده هذا المحرر ، وبيان العقار ، ونوع التعامل . ويتولى مكتب الشهر التأشير على المحرر بما يفيد تدوينه في دفتر الشهر بمحضر يبين فيه رقمه المتابع في هذا الدفتر ، مع ذكر تاريخ اليوم والشهر والسنة وبيان الساعة التي تم فيها التدوين ، ويوقع هذا المحضر أمين المكتب أو الأمين المساعد (١) .

فإذا ما تمت عملية التسجيل على هذا النحو ، قامت أقلام التصوير الشمسي التابعة لمكتب الشهر بأعداد صورتين فوتوغرافيتين من كل محرر تم شهره . وتؤخذ هاتان الصورتان من أصل المحرر العرفي المدون على الورق الأزرق ، أو من الصورة الأولى المدونة على الورق الأزرق من أصل المحرر الرسمي ، مع حفظ كل من أصل المحرر العرفي والصورة الأولى من أصل المحرر الرسمي بالأماكن الخاصة المعدة لذلك (٢) كما سبق القول . وتسلم إحدى

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذ تقضى المواد ٢٥ و ٢٨ و ٢١ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري بأن كلا من طلبات التسجيل وشروعات المحررات والمحررات تثبت في دفاتر تعد لذلك بأموريات ومكاتب الشهر العقاري حسب تواريخ وساعات تقديمها ، فإن في ذلك ما يفيد أن السابق واللاحق في التسجيل يتعين حسب - إن تما في يوم واحد - بأسبقية رقم التسجيل في دفتر الشهر . وقد عني المشرع بوضع هذا النظام ولم يترك الأمر فيه لمحض الصدفة ، نظراً لما يترتب على أسبقية التسجيل من أثر في المفاضلة بين المتنازعين على ملكية عقار واحد . ذلك أن مؤدى نصوص المواد ١٥ و ١٧ من القانون المذكور أن ملكية العقار لا تنتقل من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع أو بتسجيل الحكم النهائي بإثبات التصاقه أو بالتأشير بذلك الحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى إذا كانت قد سجلت . وتسجيل هذه الصحيفة يحفظ لرافعها حقوقه من تاريخ حصوله ، متى إذا ما حكم له بطلباته فإن الحق الذي قرره الحكم ينسحب إلى تاريخ تسجيل العريضة إذا كان قد تأثر بهذا الحكم طبقاً لقانون دون أن يتأثر بما يصدر من البائع من تصرفات شملت بعد هذا التاريخ (نقض مدني أول مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٦٧ ص ٤٨٦) . وانظر نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٤٩٤ - ١٥ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ ص ٢٩٥ .

(٢) وإذا كان المحرر المقدم للشهر يشتمل على عقارات تقع في دائرة اختصاص أكثر من مكتب واحد ، قدم المحرر للشهر بأحد هذه المكاتب . فإذا ما تم التسجيل سحب لمورد فوتوغرافية وقدمت إلى المكاتب الأخرى لإجراء التسجيل في كل مكتب على حدة ولا ينفج التسجيل أثره إلا في خصوص العقار الذي يقع في دائرة اختصاص المكتب الذي تم فيه التسجيل .

الصورتين الفوتوغرافيتين لصاحب الشأن بعد التأشير عليها من أمين المكتب بمطابقتها للأصل وذكر اسم من سلمت الصورة إليه ، وترسل الصورة الفوتوغرافية الأخرى إلى إدارة المحفوظات التابعة للمكتب الرئيسى للشهر العقارى وذلك لحفظها فيها (١) .

١٥٦ - التأشير الرهائى : يثبت مكتب الشهر التأشير الهامشى فى هامش المحرر المتعلق به أو فى ورقة تلحق بهذا المحرر . ويقدم الطلب الخاص بالتأشير الهامشى لمكتب الشهر الذى تم فيه شهر المحرر المراد التأشير فى هامشه (٢) . ويجب أن يكون الطلب مشتملا على اسم الطالب واسم أبيه وجده لأبيه ولقبه وصناعته وصفته ومحل إقامته ، وبيان نوع المحرر المراد التأشير فى هامشه مع ذكر تاريخ ورقم شهره ، والسند الذى يبيع التأشير مع إيضاح تاريخه ونوعه ومضمونه والجهة التى صدر عنها ككاتب التوثيق إذا كان محررا رسميا وكالمحكمة التى أصدرته إذا كان حكما ، وأسما ذوى الشأن فى السند الذى يبيع التأشير . ويجب أن يقرن الطلب بالسند الذى يبيع التأشير ، وبسائر الأوراق المؤيدة له .

وتدرج طلبات الشهر الهامشى « بدفتر أسبقية طلبات التأشير الهامشى » بأرقام متتابعة حسب تاريخ وساعة تقديمها للمكتب ، كما يبين فى هذا الدفتر ماتم فى شأن كل طلب منها . ولمكتب الشهر أن يحيل الطلب إلى مأمورية الشهر المختصة عند الاقتضاء ، فيمر الطلب بمراحل الشهر من حيث القبول والصلاحيه للشهر ، ثم يعاد إلى مكتب الشهر لشهره .

فإذا أصبح الطلب مستوفيا لجميع البيانات التى يتطلبها القانون ، وكانت

(١) فإن كان موضوع المحرر يتطلب تعديلا فى دقاتر المكلفة ، تولى مكتب الشهر استخراج صورة فوتوغرافية ثالثة من المحرر وترسل إلى المحافظة ، مينا عليها خاتم « ناقل التكليف » ، وذلك لتقوم المحافظة بإجراء التعديلات المترتبة على تسجيل المحرر فى دقاتر المكلفة ، ويكون استخراج هذه الصورة الفوتوغرافية الثالثة من نفقة صاحب الشأن .

(٢) ويسند على طلب التأشير الهامشى الرسم المقرر للطلبات ، وتقدره ٥٠٠ مليم .

المستندات المرافقة له تتبع لصاحبه حق شهره بطريق التأشير الهامشى (١) ، أثبت المكتب هذا التأشير فى هامش المحرر المتعلق به أو فى ورقة تلتحق بهذا المحرر ، مع بيان تاريخ التأشير والساعة التى تم فيها . ويوقع على هذا التأشير أمين المكتب أو الأمين المساعد .

فإذا ما تم إجراء الشهر بطريق التأشير الهامشى . أعطى المكتب صاحب الشأن شهادة تفيد حصول هذا التأشير . ويبين فى الشهادة نوع المحرر الذى أجرى التأشير فى هامشه وتاريخ وساعة شهره ، وكذلك تاريخ وساعة إجراء عملية التأشير الهامشى نفسها . وتحمل هذه الشهادة محل الصورة الفوتوغرافية

(١) وإذا تبين أمين المكتب أن التأشير الهامشى لم يستوف البيانات أو المستندات اللازمة أبلغ الطالب أوجه النقص ، ويحدد له أجلاً لتلافئها على ألا يجاوز هذا الأجل شهراً ، ويمكن منحه أجلاً آخر إذا اتضح أنه جاد فى طلبه وأن الاستيفاء يتطلب وقتاً أطول . فإذا لم يستوف الطالب البيانات أو المستندات اللازمة فى الأجل المحدد ، أشر المكتب على الطالب بالحفظ مع بيان الأسباب . والطالب أن يطلب كتابة إلى أمين المكتب فى خلال عشرة أيام من تاريخ إبلاغه بقرار الحفظ السبب الذى دفع الأمر إلى قاضى الأمور الوقتية بالهككة الابتدائية التى يقع مكتب الشهر فى دائرتها ، وعلى أمين المكتب عرض الأوراق فوراً على القاضى فيما أن يؤيد هذا قرار الحفظ أو يصدر قراراً بإجراء التأشير الهامشى المطلوب . وقرار قاضى الأمور الوقتية نهائى لا يجوز الطعن فيه .

وإذا تقدم طلبان متعارضان لتأشير الهامشى ، بحث الطلب الأول ، فإذا تم التأشير الهامشى به امتنع تنفيذ الطلب الثانى . وإذا كان الطلب الأول غير مستوفى ومنع صاحبه أجلاً ، امتنع حل المكتب إجراء التأشير بالطلب اللاحق إلا بعد حفظ الطلب الأول وانقضاء عشرة أيام وحى محامد التظلم أو الفصل فى التظلم من قاضى الأمور الوقتية .

وقد عدل الشروع الجديد لقانون الشهر المقارى والتوثيق هذه الأحكام ، فنصر فى المادة ٤٢ منه على ماهاأت : « لمن حفظ طلبه أن يطلب إلى أمين مكتب الشهر ، فى خلال عشرة أيام من تاريخ إبلاغ بقرار الحفظ إليه ، رفع الأمر إلى قاضى الأمور المستعجلة بالهككة التى يقع مكتب الشهر بدائرتها . ويصدر القاضى حكمه فى خلال أسبوع غلى الأكثر ، بعد الإطلاع على الأوراق وسام أقوال ممثل مصلحة الشهر المقارى ، بإجراء التأشير الهامشى أو برفضه ، تبعاً لتحقيق أو تخلف الشروط التى يتطلب القانون توافرها لإجراء التأشير . ولا يجوز الطعن فى الأحكام التى تصدر على هذا الوجه بأى طريق من طرق الطعن » .

التي تعطى لصاحب الشأن في حالة التسجيل (١) .

(١) الشهر بطريق الإيداع : ويوجد نظام الشهر بطريق الإيداع للمحركات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ ، وهي المحركات التي لا تخضع للإجراءات العادية الواردة في قانون الشهر العقاري . فقد نصت المادة ٥٤ من قانون الشهر العقاري في أحكامه الوقتية على أنه : لا يسرى هذا القانون على المحركات التي ثبت تاريخها ثبوتاً رسمياً قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ ولا على الأحكام التي صدرت قبل هذا التاريخ ، بل تظل هذه المحركات والأحكام خاصة من حيث الآثار التي تترتب عليها لأحكام القوانين التي كانت سارية عليها . ونصت المادة ٥٧ من قانون الشهر العقاري في أحكامه الوقتية أيضاً على أنه : استثناء من أحكام الباب الثالث من هذا القانون يجوز أن تشهر بطريق الإيداع ، على الوجه المبين باللائحة التنفيذية ، المحركات التي ثبت تاريخها قبل سنة ١٩٢٤ من غير طريق وجود توقيع أو ختم لإنسان توفي . ونصت المادة ٣٦ من اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقاري على أنه : في الأحوال التي يجوز فيها القانون الشهر بطريق الإيداع ، تنسخ صورة مصدق عليها من المحرر على الورق الخاص المشار إليه في المادة ١٩ ، وتبقى باقي الإجراءات المنصوص عليها في المواد التالية ، ويحفظ الأصل في مكتب الشهر .

فمن يرغب في شهر محرر ثابت التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ عن طريق توقيع أو ختم لإنسان توفي ، عليه أن يقوم بنسخ صورة من هذا المحرر موقع عليها منه ، وذلك على الورق الأزرق الخاص بالمداد الأسود ، ويجب أن يكون توقيع صاحب الشأن على هذه الصورة مصدقاً عليه . ويقدم أصل المحرر الثابت التاريخ معه الصورة المحررة على الورق الأزرق الخاص إلى مكتب الشهر المختص لإيداع المحرر ، ويتولى أحد الموظفين تحرير محضر يثبت فيه هذا الإيداع بحضور شاهدين . ويذكر في محضر الإيداع اسم الموثق واسم طالب الإيداع واسم أبيه ووجهه لأبيه وجنسية ومحل إقامته ، ووصف شامل للمحرر المودع يبين به نوع المحرر وأسائه وأصحاب الشأن فيه والمقار موضوع العقد والمحل أو المقابل وشكل الورق ونوع الحبر وماتد يكون في المحرر من تصحيح أو كشط أو تحشير والطريق الذي تم به إثبات تاريخ المحرر قبل سنة ١٩٢٤ والسلطة التي تم بها إثبات التاريخ . ثم يذيل هذا المحضر بتوقيعات الموثق وطالب الإيداع والشاهدين . وتنسخ من محضر الإيداع صورة طبق الأصل على الورق الأزرق الخاص ، ويقيم هذا المحضر في دفتر الإيداع بحسب تاريخ وساعة تقديمه للمكتب . وتعطى لصاحب الشأن صورة فوتوغرافية من محضر الإيداع ومن أصل المحرر ، وتحفظ باقي الأوراق بالمكتب المختص . وإذا مات شهر محرر بطريق الإيداع ، لم ينصرف أثر ذلك إلى تاريخ إدراجه بدفتر الإيداع ، ولكن إلى التاريخ الثابت فيه . ويعتبر ناقلاً للملكية منذ هذا التاريخ الثابت ، وتحترم جميع التصرفات التي سبق أن استندت إليه في إبرامها .

هذا وقد ألقى المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق الشهر بطريق الإيداع على الوجه المتقدم ، إذا نصت المادة ٧ من مشروع قانون إصدار هذا المشروع على أنه : استثناء من أحكام الباب الثالث من القانون المرافق ، يجوز أن تشهر بطريق الإيداع على الوجه المبين باللائحة التنفيذية المحركات التي تجيز القوانين الخاصة شهرها بهذا الطريق . فأغفل النص ذكر المحركات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ من بين المحركات التي يجوز شهرها بطريق الإيداع ، ووكّل إلى القوانين الخاصة بيان المحركات التي يجوز شهرها بطريق الإيداع ، ومن هذه القوانين قانون نزع الملكية والقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ فيما يخص بطرح الشهر .

المطلب الثاني

إجراءات الشهر في قانون السجل العيني

١٥٧ - تنظيم السجل العيني : تعرف المادة الأولى من قانون السجل العيني هذا السجل بأنه « هو مجموعة الصحائف التي تبين أوصاف كل عقار ، وتبين حالته القانونية ، وتنص على الحقوق المترتبة له أو عليه ، وتبين المعاملات والتعديلات المتعلقة به » . وتتولى مصلحة الشهر العقاري أعمال السجل العيني ، بإملاها من مكاتب : وبما يلحق بكل مكتب للسجل العيني من مأموريات ، بحيث يختص كل مكتب من مكاتب السجل العيني دون غيره بقيد المحررات المتعلقة بالعقارات التي تقع في دائرة اختصاصه .

وتقسم البلاد من مدن وقرى إلى أقسام مساحية ، يصدر قرار من وزير العدل بتعيينها . ويخصص سجل عيني لكل قسم مساحي ، ويتكون القسم المساحي من وحدات عقارية . وتعتبر وحدة عقارية : (١) كل قطعة من الأرض تقع في قسم مساحي واحد وتكون مملوكة لشخص واحد أو أشخاص على الشيوع ، دون أن يفصل جزءا منها عن سائر الأجزاء فاصل من ملك

■ الكشف النظري والشهادة العقارية : وهناك طريقتان للبحث في دفاتر الشهر : (١) الكشف النظري (vision) : ويكون باطلاع صاحب الشأن ، تحت مسؤوليته ومراقبة الموظف المختص ، على دفاتر الشهر ودفاتر الفهارس وعلى أي محرر تم شهره ، وذلك ابتداء من المدة التي يحددها . (٢) الشهادة العقارية (Certificat hypothécaire) : وهي كشف رسمي ، يستخرج من واقع دفاتر مكتب الشهر المختص ، عما يكون قد شهر من محررات أو قيود أو أحكام أو تأشيريات هامة من عقار معين ، بالنسبة إلى شخص معين ، ولمدة معينة . ويبين في طلب هذه الشهادة العقارية اسم صاحب العقار واسم أبيه وجده لأبيه : واسم الناحية والمركز أو القسم والمحافظة الكائن بها العقار المطلوب الاستعلام عنه ، مع ذكر المنزل واسم الشارع إن كان بناء أو أرض بناء ، والمحوض إن كان أرضا زراعية ، والمدة المطلوب إجراء البحث عنها . فإذا لم تظهر تسجيلات أو قيود ، سلم مكتب الشهر المختص الطالب شهادة سلبية بذلك . أما إذا ظهرت تسجيلات أو قيود ، فيبين ملخصها في الشهادة العقارية ، بذكر اسم الصادر لمصلحته والصادر ضده المحرر ، وبيان العقار والتميز أو المقابل ، والتأشيريات الهامة إن وجدت . وتكون الشهادة العقارية في هذه الحالة شهادة إيجابية تسلّم للطالب ، تحت مسؤولية الحكومة بحيث إذا وقع خطأ في الشهادة كان للطالب الرجوع على الحكومة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا الخطأ .

عام أو خاص . ودون أن يكون لجزء منها أو عليه من الحقوق ما ليس للأجزاء الأخرى أو عليها . (٢) المناجم والمهاجر . (٣) المنافع العامة . ويجوز بقرار من وزير العدل أن تعتبر منطقة من مناطق السكنى أو غيرها وحدة عقارية في سجلها ، وتقرر لها صحيفة عامة ، ويعد لشهر التصرفات الخاصة بهذه المساكن فهرس يرتب بأسماء الأشخاص ويلحق بالصحيفة العقارية .

ويفرد في السجل العيني للقسم المساحي صحيفة خاصة بكل وحدة عقارية ، ترقم وفقا للقواعد الخاصة بكيفية إمساك السجل . وتبين اللائحة التنفيذية كيفية إمساك السجل العيني ، وكذلك الوثائق المتعلقة به (١) .

(١) ويثبت في صحيفة كل وحدة عقارية حدودها الطبيعية وأسماء الملاك المجاورين ، وتولى مصلحة الشهر العقاري وضع العلامات على حدود كل وحدة عقارية . ويجب على واضع اليد على الوحدة العقارية ، أيا كان سبب وضع يده ، أن يمكن الموظفين المنوط بهم عملية المساحة من القيام بعملية التحديد ، وعلى رجال الضبطية القضائية أو رجال الإدارة تمكين هؤلاء الموظفين من وضع العلامات اللازمة لتحديد الوحدات المتقاربة . أنظر المواد ١٥-١٧ من قانون السجل العيني .

وتنص المادة ٦٢ من قانون السجل العيني على أن « علامات تحديد الوحدات العقارية مملوكة للدولة . فإذا فقدت أية علامة أو أُلغيت أو غير مكانها بعمرة أحد من غير الموظفين المختصين ، فإن مصروفات إعادة وضعها تقع على عاتق من ثبتت مسئولته ، إلا حصلت تلك المصروفات من واضعي اليد والملاك الذين وضعت العلامة لتحديد وحداتهم وذلك بالتضامن فيما بينهم بالطرق الإدارية » .

وجاء في المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني : « هذا والوحدة العقارية (unité foncière) أساسها الوحدة القانونية التي تستند إلى حق المالك نفسه وسنده الذي نشأ عنه هذا الحق . فليس المناط الوحدة الضريبية (unité fiscale) أو الوحدة الاقتصادية (unité économique) التي أساسها وحدة الاستغلال . وقد روي الأخذ بهذا المقياس نظراً لما يكفله نظام الوحدة القانونية من ثبات للوحدة العقارية يحقق التطابق بين الصحيفة المقارية وبين الخريطة المساحية ويصون الاتقان . . . ولئن كانت المنافع العامة ، كالطرق وموارد المياه ، غير قابلة للتصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم ، مما قد يدعو إلى القول بعدم إخضاعها للقيود في السجل ، إلا أن إدراجها فيه واعتبارها وحدة عقارية ، وهو ما أخذه به المشرع ، من شأنه تيسير التحديد لملكيات الخاصة المجاورة لها ، وإعطاء صورة صادقة عن قيمتها ، فضلاً عن إقلال المنازعات بشأن دخول الملك العام في الأملاك الخاصة » .

ويحق بكل سجل عيني للقسم المساحي فهرس شخصي هجائي ، يكون فيه لكل مالك صحيفة خاصة يبين فيها الوحدات العقارية التي يملكها في هذا القسم المساحي ، وتدون بيانات هذا الفهرس من واقع البيانات المثبتة في السجل العيني .

ولا يجوز أن تنقل من مكاتب السجل العيني أصول المهررات التي تم قيدها ولا السجلات والدفاتر والوثائق المتعلقة بالقيد ، على أنه يجوز للسلطات القضائية أو من تنديه من الخبراء الاطلاع عليها .
والقواعد المتعلقة بالرسوم الخاصة بالشهر العقاري تسرى على التصرفات والحقوق الخاضعة لقانون السجل العيني ، سواء فيما يتعلق بقيدها أو التأشير بها أو حفظها أو بالنسبة إلى طلبات الإجراء فيها .

١٥٨ - إثبات الحقوق في السجل العيني لأول مرة : أول خطوة في إدخال نظام السجل العيني هي إنشاء هذا السجل في كل قسم مساحي . فيجب حصر جميع الوحدات العقارية الكائنة بالقسم المساحي ، وتفرد لكل وحدة عقارية الصحيفة الخاصة بها ، وتثبت الحقوق في هذه الصحيفة ، وهذا ما يسمى بالقيد الأول . وتنص المادة ١١ من قانون السجل العيني على أنه لا تثبت الحقوق في صحائف السجل إلا إذا كانت قد نشأت أو تقرر بسبب من أسباب اكتساب الحقوق العينية ، وإذا كان هذا السبب تهرفاً أو حكماً وجب أن يكون قد سبق شهره (١) .

ونستخلص بيانات الصحائف من المصادر الآتية :

(١) دفتر المساحة وسجل الأطلان .

(٢) التصرفات التي سبق شهرها ، وهي مدونة في دفاتر الشهر العقاري التي سبقت الإشارة إليها . وفي حالة قيام التناقص بين هذه المهررات عن قطعة مساحية واحدة ، تتولى مصلحة الشهر العقاري إثبات الحقوق في صحيفة الوحدة باسم من تعتبره صاحب الحق بعد فحص المهررات المتناقضة ودراستها ، ويرفق بصحيفة الوحدة العقارية تقرير عن نتيجة هذه الدراسة . وإذا كانت

(١) ونقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني : « ذلك حتى تكون الحقوق قد انتقلت بمقتضاء ، فيمكن إجراء القيد الأول على مقتضاء » .

هناك محررات تتناول نقل حق عيني أو إنشائه أو زواله ولم يسبق شهرها ، وكانت ثابتة التاريخ عن غير طريق وجود توقيع أو ختم لإنسان توفي ، فان هذه المحررات تخفض رسوم شهرها بمقدار ٥٠٪ إذا قدمت للشهر في خلال شهرين من تاريخ صدور القرار الوزاري بتعيين الأقسام المساحة التي يسرى عليها نظام السجل العيني . والفرض من تخفيض الرسوم في هذه الحالة تشجيع الناس على شهر تصرفاتهم ، وحثهم على المبادرة إلى ذلك ، بتحديد ميعاد قصير يتم فيه هذا الشهر . فاذا ما تقدمت طلبات الشهر إلى مكاتب الشهر العقاري ، أرسلت صور من هذه الطلبات بمجرد تقديمها إلى الهيئة القائمة على إعداد السجل العيني للنظر في إثبات الحقوق في صحائف الوحدات العقارية على أساس هذه المحررات .

(٣) استمارات التسوية المشار إليها في المادة ١٩ من قانون السجل العيني . وتنص هذه المادة على أنه : « في أحوال التبادل على عقارات بفقود لم تشهر ، وفي أحوال وضع اليد على عقارات مفرزة بمقتضى عقود قسمة لم تشهر ، وفي جميع الأحوال الأخرى التي لا يكون وضع اليد فيها ثابتا في محررات مشهرة ، يجوز لأصحاب الشأن ، باتفاقهم واتفاق من يكون له حقوق عينية تبعية على هذه الأعيان ، أن يقوموا في ميعاد الشهرين المشار إليه في المادة السابقة بإثبات اتفاقاتهم في استمارات تسوية تقوم مقام المحررات المشهرة وتسلم هذه الاستمارات إلى الهيئة القائمة على إعداد السجل العيني للنظر في إثبات الحقوق في صحائف الوحدات العقارية وفقا لها . وتخفيض رسوم الشهر . المستحقة عن هذه الاستمارات بمقدار ٥٠٪ ، إذا كان وضع اليد سابقا على صدور القانون بمدة خمس سنوات على الأقل . ويصدر قرار من وزير العدل ببيان كيفية تحرير الاستمارات » . وقد قصد من استمارات التسوية هذه تشجيع الناس على إثبات حقوقهم المستمدة من وضع اليد ، إذا لم يكن وضع اليد ثابتا في محررات تم شهرها . فتقوم استمارات التسوية ، التي تتضمن اتفاق أصحاب الشأن على إثبات هذه الحقوق وكذلك أصحاب الحقوق العينية التبعية على العقارات . مقام هذه المحررات . وتسلم إلى الهيئة القائمة على إعداد السجل العيني للنظر في إثبات الحقوق التي تتضمنها في صحائف

الوحدات العقارية . وقد أشار النص بوجه خاص إلى أحوال التبادل على عقارات بعقود لم تشهر ولكن تلاها وضع اليد على العقارات ، وإلى عقارات مفرزة وضع المتقاسمون أيديهم عليها بموجب عقود قسمة لم تشهر . ويجب أن يقوم أصحاب الشأن بإثبات اتفاقاتهم في استمارات التسوية في خلال شهرين من تاريخ صدور القرار الوزاري بتعيين الأقسام المساحية التي يسرى عليها نظام السجل العيني ، فإذا كان وضع اليد قديما أى سابقا على صدور قانون السجل العيني في ٢٤ مارس سنة ١٩٦٤ بمدة خمس سنوات. على الأقل خفضت رسوم الشهر المستحقة عن هذه الاستمارات بمقدار ٥٠ ٪ .

(٤) وضع اليد في غير الأحوال المشار إليها فيما تقدم ، ويجب تحقيق واقعة وضع اليد (١) . ولكن لا تثبت الحقوق في السجل العيني على أساس وضع اليد ، إلا إذا لم يكن في المحررات التي تم شهرها ما يناقضها (٢) .

(١) وقد جاء في المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني : « وجدير بالذكر أن الأسباب الأخرى لاكتساب الحقوق العينية والتي لا يتطلب القانون شهرها يمكن الأخذ بها ، وإثبات الحقوق في السجل العيني لأول مرة على أساسها وفقا لأحكام هذا القانون . وتسهلا للإدراج الأول في السجل ، تقضى المادة ١٣ بأنه لا يصح للمصلحة إثبات الحقوق على أساس وضع اليد المكسب إلا إذا لم يكن في المحررات المنشورة ما يناقضها . ومن المفهوم أنه يجب على المصلحة التثبت في هذه الحالة من توافر شروط اكتساب الملكية بالتقادم . أما إذا قام التناقص بين المحررات المنشورة عن قطعة مساحية واحدة ، فتتول المصلحة إثبات الحقوق في صحيفة الوحدة باسم من تعتبره صاحب الحق بعد فحص المحررات المتناقضة ودراستها ، على أن يرفق بصحيفة الوحدة تقرير عن نتيجة هذه الدراسة ضمن الوثائق المتلفة بالسجل (م ١٨) . ويبدو أنه لا يدخل في حكم النص حالة التنازع في وضع اليد ، إذ العبارة هنا بالمحررات المنشورة المؤيدة بوضع اليد » .

(٢) والأصل أن السجل العيني حجية مطلقة كما سبق القول (أنظر أنفا فقرة ١٣٦) ، وعلى ذلك لا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت في السجل (م ٣٧) من قانون السجل العيني) . ولكن يستثنى من ذلك قيد الحقوق المستندة إلى وضع اليد المكسب بناء على حكم صادر بذلك ، بشرط أن ترفض الدعوى أو يصدر الحكم في خلال خمس سنوات من بدء سريان نظام السجل العيني على انقضاء المسمى الواقع فيه الوحدة العقارية محل وضع اليد . فلذا رفع واضع اليد دعواه بتملكه العقار بالتقادم وصدر الحكم لصالحه قبل انقضاء مدة الخمس السنوات، أو رفع دعواه في خلال هذه المدة ولو لم يصدر الحكم لصالحه إلا بعد انقضاءها ، قيل قيد الحق الذي تملكه بالتقادم في السجل العيني على خلاف ما هو ثابت بهذا السجل بناء على هذا الحكم .»

وبعد أن ينشأ السجل العيني في القسم المساحي وتثبت فيه الحقوق لأول مرة على الوجه الذي يسطاه : تتخذ الإجراءات لدعوة أصحاب الشأن من ملاك وأصحاب حقوق عينية إلى الاطلاع على بيانات الوحدة العقارية الخاصة بهم ، حتى إذا كان هناك وجه للاعتراض عليها منهم تقدموا بدعاوهم وطلباتهم إلى اللجنة القضائية التي سيأتي ذكرها . ويكون ذلك بعد صدور القرار الوزاري بتعيين الأقسام المساحية التي يسرى عليها نظام السجل العيني . وتنص المادة ٢٠ من قانون السجل العيني في هذا الصدد على أنه « بعد صدور القرار الوزاري المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار ، ينشر في الجريدة الرسمية ، وفقاً للإجراءات والمواعيد التي تحددها اللائحة التنفيذية ، إعلان يتضمن تنبيه أصحاب الشأن من ملاك وأصحاب حقوق عينية إلى ميعاد سريان القانون في القسم المساحي ، ودعوتهم إلى الاطلاع على بيانات الوحدة العقارية الخاصة بهم ، كما يتضمن تنبيهاً إلى ميعاد الطعن المذكور في المادة ٢١ . وعند حلول ميعاد السريان المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار ، ينشر عن البيانات الخاصة بالوحدات العقارية الكائنة بالقسم المساحي لإطلاع أصحاب الشأن عليها . ويرسل إخطار ، بالطريقة التي تبينها اللائحة ، إلى

موتنص المادة ٣٨ من قانون السجل العيني على هذه الأحكام فيما يأتي : « استثناء من أحكام المادة السابقة يقبل قيد الحقوق استناداً إلى وضع اليد المكتسب للملكية ، إذا رقت الدعوى أو صدر الحكم فيها خلال خمس سنوات من انقضاء المدة المنصوص عليها في القرار الوزاري المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار . ولا تكون هذه الحقوق حجة على من تلقى حقاً عينياً من المالك المقيّد في السجل قبل حصول التأثير المنصوص عليه في المادة ٣٢ من هذا القانون (التأثير في السجل بمضمون الطلبات في دعوى التملك بالتقادم) » .

وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني في هذا الصدد : (. . نصت المادة ٣٧ على أن يكون السجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه ، ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل . فطُرد بذلك التملك بالتقادم . كفاضة عامة - في مواجهة الحقوق المقيّدة بالسجل . فن أثبت اسمه في السجل كمالك للعقار يصبح في مأمن تام من أن يفاجأ بأدهاء أي منتصب يزعم أنه تملك العقار بوضع اليد ، وهو أمر تقتضيه طبيعة القوة المطلقة لقيده في السجل . على أن المشرع قد أتى بحكم وقّعي روعي فيه التوفيق بين الأحكام الجديدة وبين ما ينبغي من احترام الوضع اليد السابق على القانون ، فنص في المادة ٣٨ على أنه استثناء من أحكام المادة السابقة . . . » .

أصحاب الشأن الواردة أسماؤهم في كل صحيفة من صحائف الوحدات العقارية ببيان ما أثبت باسمهم في هذه الصحائف من حقوق : وما يقع على هذه الوحدات العقارية من تكاليف وحقوق عينية .

وفي خلال سنة من بدء سريان قانون السجل العيني على القسم المساحي - ويجوز بقرار من وزير العدل مدتها سنة أخرى - يجوز لكل ذي شأن أن يتقدم بطلب إجراء تغيير في بيانات السجل العيني المتعلقة بالوحدات العقارية الواقعة في هذا القسم المساحي . ويرفع هذا الطلب إلى لجنة قضائية تشكل في كل قسم مساحي ، برئاسة رئيس محكمة ابتدائية وعضوية اثنين من موظفي مصلحة الشهر العقاري أحدهما قانوني والثاني هندسي ، ويصدر بتعيين أعضائها ولأتمة إجراءاتها قرار من وزير العدل . وتكون الأحكام الصادرة من اللجنة القضائية قابلة للاستئناف أمام محكمة الاستئناف الواقع في دائرتها القسم المساحي ، ومع ذلك تكون هذه الأحكام نهائية لا تقبل الاستئناف : (١) إذا كان التغيير المطلوب إجراؤه في بيانات السجل متفقاً عليه بين جميع ذوى الشأن الواردة أسماؤهم في صحائف الوحدات المطلوبة لإجراء التغيير فيها . (٢) إذا كان هذا التغيير لا يمس بحق شخص من الأشخاص الواردة أسماؤهم في صحائف الوحدات المطلوبة لإجراء التغيير فيها . (٣) إذا كان الحق المتنازع فيه لا يتجاوز أصلاً النصاب النهائي للمحكمة الابتدائية (١).

١٥٩ - التفسير والتصحيح في بيانات السجل العيني : والبيانات المدونة في صحائف السجل العيني لا يجوز في الأصل إجراء تغيير أو تصحيح فيها .

(١) وتنص المادة ٢٥ من قانون السجل العيني على أنه : « لا تستحق رسوم على الدعوى والطلبات التي ترفع إلى اللجنة . على أنه إذا تبين للجنة أن طلب إجراء التغيير يستلزم تصرفاً جديداً يراد بهرب من أداء الرسوم المستحقة عنه ، ضمنّت قرارها أداء الرسوم وفقاً للقوانين المعمول بها ، ولا يتخذ قرارها إلا بعد أداء الرسوم . كما يستحق عنه استئناف الأحكام الصادرة من اللجنة الرسوم المستحقة أصلاً عن الدعوى الابتدائية وعن الاستئناف ، وترد الرسوم كلها أو بعضها عند الحكم لصالح المستأنف » .

أما التغيير في البيانات ، فلا يجوز إجراؤه إلا بناء على حكم صادر من اللجنة القضائية على الوجه الذي سبق بيانه (١) ، أو بناء على حكم أو قرار صادر من المحكمة التي يقع القسم المساحي في دائرتها ، أو بناء على محررات رسمية صادرة ممن يملك التصرف في الحقوق الثابتة في السجل (٣٩/ ١ من قانون السجل العيني) (٢) . كذلك تعدل بيانات السجل العيني إذا تناول الوحدة العقارية تغيير بسبب إضافة مبان أو إنشاء تفاصيل هامة أو تعديلها أو إلزالتها ، سواء أخطر عنها مالك الوحدة العقارية أو تكشف في أثناء إجراء عملية تحديد أو غيرها ، وهذا ما تنص عليه المادتان ٤٠ و ٤١ من قانون السجل العيني . فنص المادة ٤٠ على أنه « يجب على ملاك الوحدات العقارية إخطار أمين السجل بكل تغيير يتناول الوحدة العقارية بسبب إضافة مبان أو إنشاء تفاصيل هامة أو تعديلها أو إلزالتها ، ويرفق بالإخطار إقرار رسمي يتضمن التغييرات ، وتعدل بيانات السجل العيني تبعاً لها دون اقتضاء أية رسوم . ويجب أن يتم الإخطار في خلال الثلاثة أشهر التالية لإتمام التغيير » . وتنص المادة ٤١ على أنه « إذا تبين عند الانتقال للطبيعة لإجراء عملية تحديد أو غيرها وجود تغييرات غير مثبتة في صحائف السجل ، أثبتت في السجل بقرار يصدره الأمين متضمناً هذه التغييرات ، مع إلزام المالك المتخلف عن الإخطار المشار إليه بالمادة السابقة بغرامة قدرها $\frac{1}{4}$ % من قيمة العقار وبشرط ألا تتجاوز مائة جنيه ولا تقل عن عشرة جنيهات ، ويعتبر هذا القرار

(١) انظر آنفا ص ٤٣٨ .

(٢) وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني في هذا الصدد : « هذا وقد أورد القانون الاستثناءات التي ترد على المبدأ السابق (مبدأ القوة المطلقة للقيود) ، فنص في الفقرة الأولى من المادة ٣٩ على المحررات التي يجوز قبولها لإجراء تغيير في البيانات الواردة في السجل العيني ، وحصرها في قسمين : (الأول) المحررات الموثقة الصادرة من يملك التصرف في الحقوق الثابتة في السجل . على أن الرسمية لا تعتبر ركناً في التصاقه ، ولكنها شرط جوهري لقيود المحررات في السجل ، بحيث لا يسوغ قيدها استناداً إلى عقد عرفي ، ولو صدر به حكم بصحة التصاقه . (الثاني) الأحكام أو القرارات الصادرة من المحكمة التي يقع القسم المساحي في دائرتها أو من اللجنة القضائية المشار إليها في المادة ٢١ » .

نهائياً . وتحصل بالطريق الإداري ، وتكون لها مرتبة امتياز رسوم الشهر . وللأمين العام الإقالة من الفرامة أو تخفيضها ، إذا أبديت أعذار مقبولة (١) . وأما التصحيح في بيانات السجل العيني ، فلا يتناول إلا الأخطاء المادية البحتة . فإذا كان القيد لم يتم بعد ، كان لأمين السجل أن يصحح هذه الأخطاء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أصحاب الشأن . أما إذا تم القيد ، فانه يجب على الأمين عدم إجراء التصحيح إلا بعد إخطار ذوى الشأن بكتاب موصى عليه بعلم وصول ، ويمرر محضراً يوضح فيه أسباب الخطأ وكيفية كشفه (م ٣٩/٣٠٢ من قانون السجل) (٢) .

وتتم إجراءات التغيير والتصحيح بناء على طلب ذوى الشأن أو من يقوم مقامهم ، وفقاً للشروط والأوضاع التي ينص عليها قانون السجل العيني ولائحته التنفيذية . ويخطر كل شخص تغيرت حقوقه أو زالت ، نتيجة للتغيير أو التصحيح ، بكل قيد أو محو أو تأشير أو تصحيح أجرى في السجل العيني ، وذلك بارسال خطاب موصى عليه مع علم وصول إلى

(١) وتنص المادة ٦٣ من قانون السجل العيني على ما يأتي : « على الجهات المشرفة على أعمال التنظيم وعلى المحافظات أن تحظر الجهة القائمة على السجل العيني في أول كل شهر برخص البناء والمدم المحطة لأصحاب الشأن ويربط العوائد المستجدة ، وذلك لكي تقوم الجهة الأخيرة بتطبيق نظام المدن على الوحدات المقارية المنشأة عليها هذه الأبنية عند إدراج أى تصرف يتعلق بها في السجل العيني » . ويعاقب على مخالفة أحكام هذه المادة بفرامة لا تقل عن مائة قرش ولا تتجاوز عشرة جنيهات ، وتتمدد الفرامة بتمدد المخالفات (م ٦٦ من قانون السجل العيني) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني في هذا الصدد : « هذا وقد أجازت الفقرة الثانية من المادة ٣٩ لأمين السجل أن يصحح الأخطاء المادية البحتة ، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب ذوى الشأن . على أن هذا التصحيح مشروط بشرط جوهرى ، هو ألا يكون القيد في السجل قد تم ، وإلا وجب عليه عدم إجراء التصحيح إلا بعد إخطار ذوى الشأن بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ، نظراً لما يترتب على هذا الإجراء من آثار قد تخلق بهم الضرر ، وقد تتهدد إلى غيرهم ممن يتعاملون معهم . ويمرر الأمين محضراً يوضح فيه أسباب الخطأ وكيفية كشفه . والمقصود بالأخطاء المادية البحتة الأخطاء الكتابية والحسابية التي تقع أثناء نقل مضمون المحرر إلى صحيفة السجل ، كما أن المقصود بوقف إتمام القيد الوقت الذي لا يكون قد أصليت فيه صورة من صحيفة السجل أو الشهادات الماك أو غيره . وبذلك أنه فيما عدا ذلك من الأخطاء ، فلا يجوز تصحيحها إلا وفقاً لأحكام الفقرة الأولى من النص » .

عنه المعين في السجل العيني . ويدرج القيد أو المحو أو التأشير أو التصحيح بأكمله في سند الملكية وهو صورة من الصحيفة العقارية تسلّم للمالك ، وفي الشهادة التي تسلّم لغير المالك من ذوى الشأن وبها البيانات الخاصة بهم في السجل العيني . وإذا ألغى المحو ، عاد لقيد الحق العيني التبعي مرتبته الأصلية في السجل العيني ، ومع ذلك لا يكون لإلغائه أثر رجعي بالنسبة إلى القيود التي أجريت في الفترة ما بين المحو والإلغاء .

١٦٠ - إجراءات القيد في السجل العيني : وإذا ما أعد السجل العيني

في قسم مساحي وأثبتت في صحائفه الحقوق لأول مرة على الوجه الذي يسطّاه فيما تقدم ، فإن جميع التصرفات والأحكام واجبة النشر التي تصدر منذ بدء سريان نظام السجل العيني في هذا القسم المساحي يجب قيدها في السجل العيني ، وفقا لإجراءات تتلخص فيما يأتي :

يقدم طلب القيد إلى مأمورية السجل العيني التي يقع العقار في دائرة اختصاصها ، وفقا للإجراءات والأوضاع المقررة في اللائحة التنفيذية . ويشتمل الطلب ، فضلا عما يتطلبه القانون في أحوال خاصة ، على البيانات التي تحددها اللائحة التنفيذية . ويرفق بالطلب صحيفة الوحدة العقارية والمستندات المؤيدة للبيانات الواردة في الطلب ، ولا يقبل في إثبات أصل الملكية أو الحق العيني . سوى صحيفة الوحدة العقارية أو الشهادات المستخرجة من السجل العيني ذلك أنه بعد إجراء القيد الأول في السجل وإتمام النشر عنه وفوات مواعيد الطعن أو الفصل نهائيا فيما يرفع من طعون ، لا يقبل أى مستند لإثبات أصل الملكية أو الحق العيني سوى المستندات المستخرجة من السجل . وتدون الطلبات على حسب تواريخ وساعة تقديمها بدفتر يعد لذلك بالمأمورية ، يسمى « دفتر أسبقية الطلبات » . وترقم الطلبات بأرقام متسلسلة ، ويبين في هذا الدفتر مراحل العمل في الطلبات (١) . وهذه المراحل هي التي تتضمن بحث الطلب بالمأمورية (٢) .

(١) ويحظر الطلب كأن لم يكن إذا لم يتم قيد المحرر في السجل العيني خلال سنة من تاريخ قيد الطلب بالمأمورية ، وتتمتع هذه المدة سنة ثانية إذا قدم الطالب قبل انتهاء السنة الأولى بأسبوعين طلبا بالامتداد وأدى منه الرسم المطلوب (٤٩ م من قانون السجل العيني) .

(٢) وتنص المادة ٦٤ من قانون السجل العيني على ما يأتي : « على السلطات المختصة -

وإذا قدم للمأمورية أكبر من طلب في شأن عقار واحد ، وجب أن تبحث هذه الطلبات وفقا لأسبقية تدوينها في دفتر أسبقية الطلبات ، وأن تنقضى بين إعادة الطلب السابق مؤثرا على المحرر الخاص به بالصلاحيات وإعادة الطلب اللاحق مؤثرا عليه بذلك فترة معادلة للفترة التي تقع بين ميعاد تدوين كل منهما ، على ألا يتجاوز هذه الفترة سبعة أيام وعلى أن تحسب من تاريخ الأرسال . فإذا لم يتيسر إتمام الإجراءات الخاصة بالطلب الأسبق بسبب نقص أو عيب في البيانات أو الأوراق ، أخطر صاحب الشأن بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول لتلافى هذا النقص أو العيب في خلال أجل لا يتجاوز خمسة عشر يوما من تاريخ الإرسال . فإذا لم يفعل ، رفع الأمر إلى أمين السجل العيني ، وللأمين أن يصدر قرارا مسيبا بسقوط أسبقية هذا الطلب ، أو بوقف الإجراءات الخاصة بالطلبات التالية إذا رأى منح أجل جديد لصاحب الطلب الأسبق . ولمن تقرر سقوط أسبقية طلبه ، وكذلك لمن أشر على طلبه باستيفاء بيان لا يرى وجهها له ، أن يطلب إلى أمين السجل العيني ، في خلال عشرة أيام من وقت إبلاغ قرار السقوط أو الاستيفاء إليه ، قيد المحرر في دفتر العرائض ، وذلك بعد توثيقه وبعد أداء الرسم وإبداع كفالة قدرها ١ ٪ من قيمة الحق الذي يتضمنه المحرر على ألا يزيد مقدار هذه الكفالة على عشرة جنيهات ، ويجب أن يبين الطالب في طلبه الأسباب التي يستند إليها . فإذا لم يتقدم بهذا الطلب في الميعاد المحدد ، أصبح قرار السقوط أو الاستيفاء نهائيا . وإذا تقدم به ، وجب على أمين السجل العيني ، بعد توثيق المحرر ، قيد الطلب في دفتر العرائض ، ثم زرع الأمر إلى اللجنة القضائية التي سبقت الإشارة إليها (١) ، وبوقف بحث الطلبات اللاحقة إلى أن يصدر قرار اللجنة . وتصدر اللجنة على وجه السرعة قرارا

— أن تقدم البيانات والأوراق التي تطلبها الجهة القائمة على السجل العيني أو التي يوجب القانون تقديمها والمتعلقة بإجراءات القيد ، خلال عشرين يوما من تاريخ طلبها . ويعاقب على مخالفة أحكام هذه المادة بترامة لا تقل عن مائة قرش ولا تتجاوز عشرة جنيهات ، وتتمدد الترامة بمعد الخلفات (٦٦ م من قانون السجل العيني) .

وانظر تصورا موافقة في المادة ٦ من مشروع قانون إصدار المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق ، وفي المادة ٥٦ من هذا المشروع الجديد .

مسيا إما بتأييد قرار أمين السجل المعنى ورفض قيد المحرر ، أو بجواز هذا القيد ، تبعا لتخلف أو تحقق الشروط التي يتطلب القانون توافرها لقيد المحرر في السجل المعنى ، ولا يجوز الطعن في قرار اللجنة بأى طريق من طرق الطعن . فإذا صدر القرار برفض قيد المحرر ، وجب التأشير بالرفض في دفتر العرائض أمام الطلب ، ورد المحرر لصاحب الشأن بعد التأشير عليه بمضمون القرار وتاريخه . أما إذا صدر قرار اللجنة بقيد المحرر ، وجب إجراء ذلك بحسب ترتيب قيد الطلب المتعلق به في دفتر العرائض . ويجب أن يتضمن قرار اللجنة رد الكفالة للمتظلم إذا قبل تظلمه أو رفض ولكن اللجنة رأت أنه بنى على أسباب جلية ، وإلا وجب أن يتضمن القرار مصادرة الكفالة .

وإذا قدم طلب لإجراء قيد محرر ، ورأى أمين السجل المعنى رفض هذا الطلب لأنه لم يستوف الشروط اللازمة ، فعلى الأمين أن يذكر أسباب هذا الرفض على الطلب وفي دفتر العرائض ، وإبلاغ ذلك للطالب مع تحديد ميعاد أسبوعين له من تاريخ الإرسال لتقديم اعتراضاته على هذا الرفض . ويصبح قرار الأمين بالرفض نهائيا إذا مضى الميعاد المذكور دون أن يقدم الطالب اعتراضا . فإذا قدم اعتراضا في الميعاد ، ورفض أمين السجل المعنى هذا الاعتراض ، كان للطالب ، في خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إرسال قرار الرفض إليه ، أن يطلب إلى الأمين رفع الأمر إلى اللجنة القضائية . وتصدر اللجنة قرارها على وجه السرعة ، إما بتأييد رفض القيد أو الإلزام بإجرائه .

وإذا توافرت جميع الشروط واستوفيت جميع الإجراءات : تم القيد في السجل المعنى بالمطابقة للمستندات المقدمة ، وبترتيب الطلبات في دفتر العرائض ، وبنفس تاريخ القيد . ويتم القيد بكل عناية ، ويخط واضح ، دون كشط أو محو أو شطب أو تحشير .

وكل من توصل إلى قيد محرر لسلب عقار مملوك للغير أو ترتيب حق عيني عليه ، مع علمه بذلك ، يعاقب بالحبس وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه أو بأحدى هاتين العقوبتين ، مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يقضى

بها أى قانون آخر . ويعاقب على الشروع فى هذه الجريمة بنصف هذه العقوبة (١) .

١٦١ - سندات الملكية والشهادات المستخرجة من السجل العينى : ويسلم صورة للمالك من الصحيفة العقارية الخاصة به بعد أداء رسم قدره مائة قرش ، وتسمى هذه الصورة « سند الملكية » . وإذا تعدد الملاك على الشيوع لعقار واحد ، سلم كل منهم صورة من سند الملكية باسم جميع الملاك المشتاعين (٢) : ويؤدى كل منهم رسماً قدره مائة قرش .

أما غير الملاك من ذوى الشأن ، كصاحب حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن أو حق اختصاص أو حق امتياز ، فتسلم لهم ، بناء على طلبهم ، شهادة بها البيانات الخاصة بهم فى السجل العينى ، بعد أداء الرسم المقرر . وعلى أمين السجل العينى أن يعطى فى أى وقت شهادة بمطابقة سند الملكية أو الشهادة للسجل العينى ، وذلك بعد أداء الرسم المقرر .

ولا يجوز تسليم صورة ثانية من سند الملكية أو الشهادة إلا فى حالة تلف أو ضياع الصورة الأولى . ويكون ذلك بقرار من اللجنة القضائية ، وبعد أداء الرسم المقرر (٣) .

(١) أنظر نصاً مماثلاً استحدثه المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق فى المادة ٥٥ منه (وتطابق المادة ٦٥ من قانون السجل العينى) .

(٢) وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العينى فى هذا الصدد : « وإذ ثار البحث حول مبدأ تسليم صورة واحدة من الصحيفة العقارية فى حالة امتلاك شخصين أو أكثر لعقار على الشيوع - وهو منعب التشريع اتفقت - أو تسليم صورة منها لكل مالك ، حيث أصرح الأخذ بمبدأ تعدد الصور : نظراً لما لوحظ من صعاب بشأن من تسليم له الصورة من الشركاء فى حالة عدم اتفاقهم ، والأساس الذى يصلح أن تقوم عليه المفاضلة بينهم ، فنص على أن يسلم لكل منهم صورة من سند الملكية باسم جميع المشتاعين » .

(٣) وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العينى فى هذا الصدد : « وحماية لكل من يتعامل مع المالك أو غيره من تقييد حقوقهم فى السجل ، وتقليلا لحالات تقاول السند ما أمكن ، لم تجز المادة ٦٥ تسليم صورة ثانية من سند الملكية أو الشهادة إلا فى حالة تلف أو ضياع الصورة الأولى ، على أن يكون ذلك بقرار من اللجنة المشار إليها فى المادة ٢١ . على أن هذا لا يمنع ولا شك صاحب الشأن الحريص من الرجوع إلى السجل العينى . والمقصود بالتلف فى حكم هذه المادة التلف الذى يفقد السند قيمته » .

الفصل الثالث

الشفعة

(Prémption)

تمهيد

١٦٢ - التصرّف بالشفعة وتكييفها القانوني - نص قانوني : تنص المادة

٩٣٥ مدني على ما يأتي :

« الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول على المشتري ، في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : ١ - الشفعة رخصة تجيز الحصول على المشتري إذا وقع البيع على عقار في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية . ٢ - والحق في الشفعة لا ينتقل بالحوالة ، وإنما ينتقل بالميراث ، وهو حق لا يتجزأ في استتماله . وفي لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتي : ١٥ - الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول على المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية . ٢ - والحق في الشفعة لا ينتقل بالتحويل ولا بالميراث . والأخذ به لا يتجزأ ، وأصبح رقم النص ١٠٠٧ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٠٤ . وفي لجنة مجلس الشيوخ دار نقاش حول توريث حق الشفعة ، وكان من رأى بعض الأعضاء توريثه ، ومن رأى بعض آخر عدم توريثه لأنه حق شخصي حتى أن الدائنين لا يمكنهم استتماله نيابة عن مدينهم ، وقد استقر القضاء على أن الشفعة ليست حق وإما هي خيار ورخصة لا يجوز انتقالها إلى الورثة ولا استمالتها من الدائنين . ثم استقر رأى اللجنة على حذف الفقرة الثانية من النص وتركها حكماً لاجتهاد القضاء ، وأصبح رقم النص ٩٣٥ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته بختة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٥ - ص ٣٥٧) .

هذا وقد ناقشت اللجنة التي كانت برئاسة الأستاذ كامل صدوق (وهي اللجنة التي قامت بوضع نصوص الشفعة التي استقرت منها نصوص المشروع التمهيدي في الشفعة) هذا النص مناقشة طويلة . واختلط الأمر في هذه المناقشات ، في المقابلة ما بين الرأى القائل بأن الشفعة حق عين والرأى القائل بأنها حق شخصي . فاستعملت عبارة « الحق العيني » بمعناها المعروف ، في حين أن عبارة « الحق الشخصي » استعملت لا بالمعنى المقابل للحق العيني ، بل بمعنى أن الشفعة حق متصل بشخص الشفيع (أنظر على سبيل المثال ما جاء في محضر جلسة ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٧ في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٠ - ص ٣٥١ في الماشي) . وفي رأينا -

ويخلص من هذا التعريف أن الشفعة ، وهى سبب من أسباب كسب الملكية ، رخصة إذا استعملها شافع - وسيأتى بيان من هو الشافع - تملك عقارا باعه صاحبه لغيره ، وحل الشافع محل المشتري فى هذا البيع ، بشروط سيأتى بيانها . فهى إذن لا تكون إلا فى بيع عقار ويسمى العقار المشفوع فيه ، ومن شافع عين القانون أحواله . وجعله كما سئرى بشفع

- أن أدق ما دون فى هذه المسألة فى محاضر جلسات لجنة الأستاذ كامل صدق ماورد فى محضر جلسة ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٧ على لسان أحد الأعضاء : « إن هناك مسألة أولية يتعين البهـ بالبت فيها قبل البحث فيما إذا كان حق الشفعة حقا عينية أم شخصيا ، وهذه المسألة هى معرفة ما إذا كانت الشفعة حق أم مجرد وسيلة لاكتساب حق . فإذا سلمنا بأن الشفعة ليست إلا مجرد وسيلة لاكتساب حق الملكية كما يبدو ، فلا حاجة للبحث فيما إذا كانت هذه الوسيلة شخصية أو عينية . ذلك أن الشفعة طريق من طرق اكتساب الملكية بحلول الشافع محل المشتري . وبناء على ذلك يكون من التزيد البحث فى شخصية أو عينية هذه الوسيلة من وسائل اكتساب الملكية التى تحميا دعوى . فلذا توفى الشافع قبل مباشرة دعواه ، سقطت الشفعة بوفاته . أما إذا كان قد رفع الدعوى فلها تصحح جزأ من ذمته وتنتقل إلى ورثته مع أموال التركة ، شأنها فى ذلك شأن دعوى التوفيق مثلا . إذ ليس هناك مبرر للفرقة بين دعوى الشفعة وبين أية دعوى أخرى . فكل الدعوى تكون جزأ من ذمة الشافع وتنتقل بالتالى إلى ورثته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥١ - ص ٣٥٢ فى الهامش) . وقال عضو آخر فى نفس الجلسة تأييدا لما تقدم : « فالشفعة إذن ليست سوى طريقة لاكتساب الملكية ، شأنها فى ذلك شأن البيع وهو ليس حقا عينيا بل هو طريقة لاكتساب الملكية . وليس حق الشفعة بأقوى من البيع ، مع أن البيع لم يوصف فى وقت ما بأنه حق عينى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٣ فى الهامش) . ولما قابل النص فى قانون الشفعة السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المذهب السورى لا مقابل (وقد أنقذ هذا التقنين . الشفعة أصلا من بين أسباب كسب الملكية) .

التقنين المذهب الليبى م ٩٣٩ (مطابق) .

التقنين المذهب العراقى م ١١٢٨ : الشفعة هى حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري ، بما قام عليه من الثمن والتنفقات المعتادة . (والنص يوافق فى مجموعة نص التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ١/٢٢٨ (عدلت بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : الشفعة حق يعجز لصاحبه أن يتزاع العقار المبيع من المشتري ، فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها فى المواد التالية . (والنص يوافق فى مجموعه نص التقنين المصرى) .

بعقار آخر يملكه ويسمى العقار المشفوع به . فالشفعة تقتضى أن هناك شفيعا وهو الذى يأخذ بالشفعة ، ومشفوعا منه وهو المشتري الذى يحل محله الشفيع ، وباتعا لهذا المشتري وهو الذى حل الشفيع بازائه مشتريا محل المشتري الأصلي ، وعقارا مشفوعا به وهو العقار المملوك للشفيع وقد شفع به ، وعقارا مشفوعا فيه وهو العقار الذى باعه صاحبه للمشتري الأصلي وشفع الشفيع فيه .

وقد قام فى الفقه المصرى جدل مشهور فى تكييف الشفعة ، هل هى حق عيني أو حق شخصى . والذين قالوا بأن الشفعة حق عيني إنما قصدوا أن يرتبوا على ذلك نتائج من أهمها أن تكون دعوى الشفعة من اختصاص المحكمة الكائن فى دائرتها العقار المشفوع فيه . ولم يكونوا فى حاجة إلى هذا القول للوصول إلى هذه النتيجة ، إذ كان يكفهم أن يقولوا إن الشفعة تكسب الشفيع ملكية العقار المشفوع فيه ، فهو عند ما يقيم دعوى الشفعة يطالب بحق عيني عقارى ، فيثبت لمحكمة العقار الاختصاص بنظر الدعوى . والذين قالوا بأن الشفعة حق شخصى قصدوا إلى معنى هو صحيح فى ذاته : ولكنه بعيد كل البعد عن معنى الحق الشخصى المقابل للحق العيني : إذ أرادوا أن يقولوا إن الشفعة حق لصيق بشخص الشفيع فلا يورث عنه ولا تجوز حوالة ولا يجوز لدائى الشفيع أن يستعملوه باسمه . ولم يكونوا هم أيضا فى حاجة إلى معارضة صفة العينية بصفة الشخصية ، فعنى الشخصية الذى قصدوا إليه لا يتعارض مع معنى العينية .

والصحيح أن الشفعة ليست بحق عيني ولا بحق شخصى ، بل هى ليست بحق أصلا . إنما الشفعة سبب لكسب الحق : فالشفيع يكسب بالشفعة ملكية عقار أو حقا عينيا على هذا العقار كحق انتفاع أو حق رقة أو حق حكر . والفرق واضح بين الحق نفسه وبين سبب من أسباب كسبه . فالملكية مثلا حق عيني ، وتكسب بالاستيلاء والميراث والوصية والاتصاق والعقد والحيازة والشفعة . ولم يتساءل أحد هل الاستيلاء أو الميراث أو الوصية أو الاتصاق أو العقد أو الحيازة حق عيني أو حق شخصى ،

فلماذا يتساءلون عن الشفعة هل هي حق عيني أو حق شخصي^(١) والشفعة باعتبارها سببا لكسب الحقوق العينية هي . كما قدمنا^(٢) ، واقعة مركبة (Complexe) اقترن فيها الشيوع أو الحوار أو الصلة المادية الأخرى القائمة بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به وهذه واقعة مادية . بيع العقار المشفوع فيه وهذه بالنسبة إلى الشفعين واقعة مادية أخرى ، باعلان الشفعين إرادته في الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانوني صادر من جانب واحد . فهذه الوقائع المتسلسلة المركبة الغلبة فيها للواقعة المادية لا للتصرف القانوني ، ومن ثم يمكن إدخال الشفعة في نطاق الواتمة المادية .

وإذا سرنا في هذا التكييف خطوة أبعد ، قلنا إن هناك مراكز قانونية إذا تهيأت أسبابها لشخص استطاع أن يكسب الحق بإرادته المنفردة . فن وجه إليه إيجاب وقبل هذا الإيجاب ، فهو بهذا القبول - والقبول إرادة منفردة - قد تعاقد مع الموجب ، فكسب بالعقد حقا شخصيا . فن وجه إليه الإيجاب تهيأ له مركز قانوني بتوجيه الإيجاب إليه ، فاستطاع بإرادته المنفردة . وهي قبول هذا الإيجاب ، أن يكسب الحق . وإذا توافرت الشروط التي قررها القانون في الشرب أو المحرر أو المسيل أو المرور . وهي الشروط التي بسطناها عند الكلام في قيود الملكية في الجزء الثامن من الوسيط . تهيأ بتوافرها مركز قانوني للجار يستطيع به إذا أراد ، أي بإرادته المنفردة ، أن يكسب حقا عينيا

(١) وقد نثرنا على حكم قديم ، صدر من محكمة الاستئناف الوطنية ، يقرر من زمن بعيد هذا الذي نقوله ، فقد قضت هذه المحكمة بأنه لا يمكن وصف الشفعة بأنها حق عيني يتبع العقار أينما حل ، فقد جاء صريحا في القانون الملق أنها طريقة من طرق كسب الملكية والحقوق العينية ، كالقعود والميراث ووضع اليد بدون فرق . ولا يتصور أنه السبب المنتج للحق العيني يسمى نفسه حق عينيا ، فليست إذن الشفعة حقا من الحقوق يؤثر لذاته في الشيء كالملكية أو حق الانتفاع ، وإنما هي سبب من الأسباب القانونية التي تنشئ حق الملكية العيني . أو بعبارة أخرى هي مجرد إباحة للتوصل إلى كسب حق الملكية بشروط وفي أحوال مخصوصة . وهذه الإباحة لا تنتج حق إلا إذا استعملت ، وحينئذ فلا يتولد حق عيني للشفيع بمجرد البيع ، وإنما يتولد هذا الحق عند طلب أخذ الشفعين بالشفعة والقضاء به (استئناف وطني ٢ أبريل سنة ١٨٩٥ القضاء ص ١٠٧) . وانظر أيضا حكما من محكمة مصر الكلية الوطنية ويقول إن القانون لم يجعل حق شفعة من الحقوق العينية ، بل صرح في المادة ٨٤ متى يكونه سببا من أسباب الملكية والحقوق العينية وليس واحدا منها (مصر الكلية ٤ يولية سنة ١٨٩٦ الحقوق ١٩ صفحة ٣١٧) .

(٢) أنظر أيضا فقرة ١ .

في أرض جاره هو حق الشرب أو حق المهرى أو حق المسيل أو حق المرور . ومن كان شريكاً مشتاعاً في منقول أو في مجموع من المال وباع أحد شركائه حصته في المال الشائع ، تبيأ له بذلك مركز قانوني يستطيع به أن يسترد بارادته المنفردة الحصة المبيعة ، وهذا هو حق الاسترداد في المال الشائع الذي بسطنا أحكامه في الجزء الثامن من الوسيط . ومن كان شريكاً مشتاعاً في عقار أو جارا مالكا لعقار ، ويبيع حصة شائعة في العقار أو يبيع عقار مجاور للعقار الذي يملكه . تبيأ له بذلك مركز قانوني يستطيع به أن يشفع بارادته المنفردة في الحصة الشائعة أو في العقار المجاور ، وهذه هي الشفعة التي نحن الآن بصدددها . فالشفعة إذن تبدأ بأن تكون مركزاً قانونياً تبيأ أسبابه للشفيع ، فيكون شريكاً مشتاعاً في عقار أو مالكا لعقار ، وتباع حصة شائعة في العقار أو يباع عقار مجاور للعقار الذي يملكه . وهنا ينشأ المركز القانوني الذي أشرنا إليه ، ويكون للشفيع رخصة في أن يملك العقار المشفوع . ومن هنا جاء في نص المادة ٩٣٥ مدني سالفه الذكر أن « الشفعة رخصة » ، فالرخصة تتولد إذن بقيام هذا المركز القانوني (١) . وهذه الرخصة تحول للشفيع الحق في أن يملك العقار

(١) والأدق أن يقال إن هذا المركز القانوني لا يتولد عنه مجرد رخصة في التملك ، بل يتولد منه حق الشخص في أن يملك . وذلك أنه توجد منزلة وسطى بين الرخصة في التملك والحق في الملك ، هي حق الشخص في أن يملك . وقد قلنا في هذا الصدد في الجزء الأول من مصادر الحق في الفقه الإسلامي ما يأتي : « وما بين الرخصة والحق توجد منزلة وسطى ، هي أهل من الرخصة وأدنى من الحق ... فتح التملك وحق الملك ، الأول رخصة والثاني حق . وما بينهما منزلة وسطى هي حق الشخص في أن يملك . فلو أن شخصاً رأى داراً أصبته ورغب في شرائها ، فهو قبل أن يصدر له إيجاب البائع بالبيع كان له حق التملك عامة في الدار وفي غيرها ، فهذه رخصة . وبعد أن يصدر منه قبول بشراء الدار صارت له ملكية الدار ، وهذا حق . ولكنه قبل القبول وبعد الإيجاب في منزلة وسطى بين الرخصة والحق بالنسبة إلى الدار . فهو من جهة ليس له فسخ مجرد رخصة في تملك الدار كثيراً من الأعيان التي لا يملكها . وهو من جهة أخرى لم يبلغ أن يصبح صاحب الملك في الدار . بل هو بين بين . له أكثر من رخصة التملك وأقل من حق الملك : له الحق في أن يملك . إذ يستطيع بقبوله البيع ، أي بارادته وحده ، أن يصبح مالكا للدار . ولم يصل الفقه القريب إلى تبيين هذه المنزلة الوسطى إلا حيث ارتقى ووصل في الرق إلى مرحلة بعيدة . نرى ذلك في الفقه الجرمانى الحديث . ويدعو الفقيه فون تور (Von Tur) هذه المنزلة الوسطى بالحق المنشئ (droit formateur) ، ويعرفه بأنه « مكتة تعطي للشخص ، بسبب مركز قانوني خاص ، في أن يحدث أثراً قانونياً بمحض إرادته . ويأتي بأشلة لهذا الحق المنشئ . يذكر منها : حق من وجه إليه الإيجاب ، =

المشفوع فيه بارادته المنفردة ، وذلك بأن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة .
فالشفعة لا تكون سببا لكسب الملك إلا بقيام مركز قانوني معين تنبأ أسبابه

— وحق المسترد في أن يسترد الحصة الشائعة المبيعة ، وحق البائع وفاء في أن يسترد المبيع ،
وحق الشفع في أن يأخذ بالشفعة . . . وما يقطع في وجود هذه المنزلة الوسطى في الشفعة
الإسلامي أن القراني يقابل ، في عبارات صريحة ، ما بينها وبين الرخصة . فيقول عن صاحب
الرخصة « من ملك أن يملك » ، وعن صاحب المنزلة الوسطى « من جرى له سبب يقتضي المطالبة
بالتملك » ، وينكر على الأول أن يكون مالكا إطلاقا ويجعل الثاني محلا للنظر . ونقول ما يقوله
في هذا الصدد : « اعلم أن جماعة من مشايخ المذهب رضى الله عنهم أطلقوا عباراتهم بقولهم
من ملك أن يملك هل يمد مالكا أم لا ، قولان . . . وليس الأمر كذلك بل هذه القاعدة باطلة
وبيان بطلانها أن الإنسان يملك أن يملك أربعين شاة ، فهل يتخيل أحد أنه يمد مالكا الآن قبل
شراؤها حتى يجب الزكاة عليه هل أحد القولين ؟ وإذا كان الآن قادرا على أن يتزوج ، فهل
يجرى في وجوب الصداق والنفقة عليه قولان قبل أن يغضب المرأة لأنه ملك أن يملك مصسبا ؟
والإنسان مالك أن يملك خادما أو دابة ، فهل يقول أحد إنه يمد الآن مالكا لها فيجب عليه كليهما
وموئلتها هل قول من الأموال القابلة أو البغاة ؟ هل هذا لا يصحله من عند أدنى مسكة من العقل
والفقه . . . بل القاعدة التي يمكن أن تفصل لخاصة فرعية ، ويجزى فيها الخلاف في بعض فروعها
لا في كلها ، أن من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك هل يسلي حكم من ملك ؟ لا
يختلف في هذا الأصل في بعض الفروع ، ولذلك مسائل . . . (المسألة الرابعة) في الشفعة ،
إذا باع شريكه حقه له سبب يقتضي المطالبة بأن يملك الشفع المبيع بالشفعة ، ولم أر
خلافا في أنه غير مالك . (المسألة الخامسة) الفقير وغيره من المسلمين له سبب يقتضي أن
يملك من بيت المال ما يستحقه بصفة فقره أو غير ذلك من الصفات الموجهة للاستحقاق . . . فإذا
سرق هل يمد كالمالك فلا يجب عليه الحد لوجود سبب المطالبة بالتملك ، أو يجب عليه القطع
لأنه لا يمد مالكا وهو المشهور ، قولان . فهذه القاعدة ، على ما فيها من القوة من جهة قولنا
جرى له سبب التملك ، في تمهيتها عسر لكثرة النقوض عليها . أما هذا المفهوم وهو قولنا
من ملك أن يملك مطلقا من غير جريان سبب يقتضي مطالبة بالتملك ولا غير ذلك من القيود ،
فهذا جملة قاعدة شرعية ظاهر البطلان لضعف المناسبة جدا أولعها الية . أما إذا قلنا انضمت له
سبب يقتضي المطالبة بالتملك ، فهو مناسب لأن يمد مالكا من حيث الجملة ، تنزيلا لسبب
السبب منزلة السبب ، وإقامة للسبب المحيد مقام السبب القريب ، فهذا يمكن أن يتخيل وقوعه
قاعدة في الشريعة . أما مجرد ما ذكره فليس إلا مجرد الإسكان والقبول لتلك ، وذلك في
غاية البدع المناسبة — فلا يمكن جملة قاعدة (الفروق للقراني جزء ص ٢٠ - ص ٢١) .
ويتبين مما نقلناه من القراني أنه يميز بين أوضاع ثلاثة : (أولا) وضع من ملك أن يملك ،
كن ملك أن يملك أربعين شاة ومن ملك أن يتزوج ومن ملك أن يملك خادما أو دابة . . .
هؤلاء جميعا لا يملكون ، فلا يجب على الأول الزكاة ، ولا على الثاني الصداق والنفقة ، ولا على
الثالث الكلفة والمؤونة . . . وترجمة ذلك إلى الفقه العربي أن هؤلاء جميعا ليس لهم حق الملك ، —

باجتماع وقائع مادية معينة ، فيكون للشفيع ، ليس حق الملك ، بل الحق في أن يملك . فإذا أعلن إرادته في الأخذ بالشفعة ، وهذه إرادة منفردة أى تصرف قانوني صادر من جانب واحد ، تكاملت عناصر الشفعة باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية فيتملك الشفيع العقار المشفوع فيه ، ويتحول حقه في أن يملك هذا العقار إلى حقه في ملكيته ، وذلك عن طريق حلوله محل المشتري^(١) .

= وإنما لم رخصة الملك ، والرخصة ليست بحق . (ثانيا) وضع من جرى له سبب يقتضى المطالبة بالتفليك ، كما . في بيع الشريك لنصيبه بالنسبة إلى شريكه الشفيع ، وفي بيع المال بالنسبة إلى المستحق لفقر أو جهاد أو غير ذلك . هؤلاء أیف ، على خلاف في الرأي ، لا يملكون بمجرد جريان السبب الذى يقتضى المطالبة بالتفليك . . فالشفيع لا يملك الشقص المبيع إلا إذا أخلفا بالشفعة ، والفقر لا يملك شي من بيت المال إلا إذا طالب فأعطى وقبل ذلك إذا سرق وجب عليه الحد . وترجمة ذلك إلى لغة الفقه العربى أن هذه هى المنزلة الوسطى بين رخصة الملك وحق الملك ، فهى دون الملك وفوق الرخصة . (ثالثا) وضع من جرى له سبب الملك ، كمن اشترى أرضا أو شفع في دار ، فهذا هو الذى له حق الملك (مصادر الحق في الفقه الإسلامى للمؤلف جزء أول ص ٤ - ص ٨) .

(١) وقد سبق أن قررنا في هذا الصدد ، في الجزء الأول من الوسيط ، ما يأتى : « فكثيرا ما ينتشئ الفقهاء حل الشفعة حق عين أو هى شئ غير ذلك ، كما ينتشئون في طيبة الحياة وهل هى حق عين . ونحن لا نتردد في الإجابة على هذه المسائل بما قدسناه . فلا الشفعة ولا الحياة بحق عين أو حق شخصى ، بل هما واقعتان قانونيتان تدخلان في أسباب كسب الملكية . فهما إذن ليسا بحقوق ، بل هما مصدر للحقوق . ولا يصح أن يقال عن أى منهما إنه حق عينى أو حق شخصى ، بالقدر الذى لا يصح أن يقال به إن القدر ، وهو أیف مصدر للحقوق ، حق عينى أو حق شخصى . والأهمية العملية لعدم اعتبار الشفعة حقا أنه لا يجوز لدائى الشفيع أن يستعملوا الشفعة باسم مدنيهم . والذى ضلل الناس في أمر الشفعة هو أنها تجعل الشفيع بالنسبة إلى المين المشفوع فيها في منزلة من له الحق في أن يملكها ، وهذه منزلة وسطى بين مجرد الرخصة في التملك حيث يكون الشخص أجنبيا عن الشئ ، وحق الملكية الكامل حيث يكون الشخص حق عينى في الشئ . ونظير ذلك شخص صدر له إيجاب بالبيع ، فهو أیف في منزلة وسطى بين من له مجرد الرخصة في الشراء قبل صدور الإيجاب وبين المشتري الذى أصبح مالكا عند تمام البيع . وقد نبه فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذه المنزلة الوسطى ، ووصفوها بأنها حق الشخص في أن يملك ، أو كما يقول القرافي في الفروق : من انعقد له سبب المطالبة بالملك ، ويفرق بين هذا وبين من ملك أن يملك (الوسيط جزء أول طبعة ثانية مقرة ٣٣ ص ١٤٤ هامش ١) . وانظر أیف شفيق شحاتة مقرة ٢٤١ ص ٢٥٥ (ويدعو هذه المنزلة الوسطى بالحق شبه العينى ، وهذه التسمية محل للنظر) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « عرفت الشفعة بأنها رخصة ولاحقه لأنها ليست بحق بل هى سبب من أسباب كسب الملكية . فلا معنى للبحث فيما إذا كانت الشفعة

١٦٣ - الشفعة متصلة بشخص الشفع - نص قانوني : جاء في المشروع

النائي لنص المادة ٩٣٥ مدني ما يأتي : « والحق في الشفعة لا ينتقل بالتحويل ولا بالمراث » ، ولكن هذه العبارة حذفت في لجنة مجلس الشيوخ ، « وترك حكمها لأجتهاد القضاء » (١) . ولما كانت الاعتبارات التي قامت عليها الشفعة ، وهي تضرر الشفع من أن يخلف شريكه في الملك أو جاره شريك أو جار جديد ، هي اعتبارات شخصية بحيث تترك لمحض تقدير الشفع إن شاء أخذ بالشفعة وإن شاء لم يأخذ بها ، لذلك لا نتردد في القول بأن الشفعة متصلة بشخص الشفع ولصيقة به . ونستخلص من ذلك النتائج الآتية : (١) أن دائي الشفع لا يجوز لهم أن يستعملوا الشفعة نيابة عن الشفع بطريق الدعوى غير المباشرة . (٢) أن الشفعة لا تنتقل بطريق الحوالة من الشفع إلى الغير . (٣) أن للشفع أن يتزل عن الشفعة بعد قيام سببها ، بل وقبل أن يقوم بها سببها (م ٩٤٨ مدني) . (٤) أن الشفعة ، إذا مات الشفع قبل أن يستعمل حقه فيها ، لا تنتقل بالمراث إلى ورثته . ونستعرض هذه النتائج تباعا :

(أولا) لا يجوز لدائي الشفع أن يستعملوا الشفعة نيابة عن الشفع بطريق الدعوى غير المباشرة : وذلك لسببين . أولهما أن الشفعة رخصة وليست بحق ، ومن المقرر في قواعد الدعوى غير المباشرة أنه لا يجوز للدائنين أن يستعملوا ما لمدينهم من رخص ، فحق الشفع في الأخذ بالشفعة وحق الشريك في استرداد الحصة الشائعة كلاهما رخصة لا يجوز للدائنين استعمالها بالنيابة عن المدين ، مثلها مثل قبول الإيجاب الموجه إلى المدين (٢) والسبب الثاني أن الشفعة متصلة بشخص الشفع كما قدمنا ، ومن المقرر في قواعد الدعوى غير المباشرة أنه لا يجوز للدائنين أن يستعمل باسم مدينه ما كان متصلا بشخص المدين خاصة (م ١/٢٣٥ مدني) (٣) .

— حقا عينيا أوقف شخصيا . وقد حذف المشروع من التعريف الذي أقرته اللجنة العبارة التي تذكر أن الشفعة سبب لكسب الحقوق العينية ، فإن هذا مفهوم من وضع الشفعة بين أسباب كسب الحقوق العينية . وإذا أريد بهذه العبارة ، كما تقول المذكرة الإيضاحية لجنة ، أن تقع الشفعة دائرة بين العينية والشخصية ، كان هذا سببا أدعى لحذفها (مجموعة الأعمال التحضيرية ٩ ص ٣٤١ - ص ٣٤٨) .

(١) انظر آنفا ص ٤٤٥ هامش ١ .

(٢) الوسيط ٢ فقرة ٥٤٢ ص ٩٦٤ .

(٣) الوسيط ٢ فقرة ٥٤٤ .

(ثانيا) لا تنتقل الشفعة بطريق الحوالة من الشفيع إلى الغير : فلا يجوز للشفيع ، عندما يثبت له حق الأخذ بالشفعة ، أن يحول هذا الحق إلى غيره ، وذلك أيضا لسببين . أولهما أن الشفعة متصلة بشخص الشفيع ، فلا يجوز له التزول عنها إلى غيره . والسبب الثاني أن الشفعة تتبع العقار المشفوع به فلا تنفصل عنه ، وإذا أراد الشفيع أن يتزل عن الشفعة لغيره وجب عليه أولا أن يتزل عن العقار المشفوع به إلى هذا الغير ، فتتبع الشفعة هذا العقار وتنقل بالتبعية إلى من انتقل إليه العقار (١) . وعلى ذلك إذا باع الشفيع العقار المشفوع به وأصبح المشتري مالكا لهذا العقار ، ثم يبيع العقار المشفوع فيه ، كان لمشتري العقار المشفوع به وهو مالكة الحديد أن يأخذ بالشفعة ، وقد انتقلت إليه مع العقار المشفوع به . أما إذا بيع العقار المشفوع فيه قبل بيع العقار المشفوع به ، فإن المالك الحديد للعقار المشفوع به لا يستطيع الأخذ بالشفعة لأنه لم يكن مالكا له وقت بيع العقار المشفوع فيه . وإنما يأخذ بالشفعة في بيع جديد يرد على العقار المشفوع فيه ، بعد أن تنتقل إليه ملكية العقار المشفوع به .

(ثالثا) للشفيع أن يتزل عن الشفعة بعد قيام سببها بل وقبل أن يقوم بها سببها : وتنص المادة ٩٤٨ (١) مدني في هذا الخصوص على ما يأتي :

« يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية : (١) إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ، ولو قبل البيع » (٢) . وقد كان قانون الشفعة

(١) وقد جاء في المذكرات الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا السند : « والحق في الشفعة لا ينتقل بالحوالة منفصلا عن العقار المشفوع به ، وهذا هو ما تقتضي به طبيعة الشفعة وطبيعة مشروعيتها ، وقد أعطى هذا المبدأ التقنينان الألماني والبولوني » (مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ٢٥١ - ٢٥٢) . وتنص المادة ٢٤٣ من قانون الملكية العقارية اللبناني (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أن « ينتقل حق الشفعة عنه وفاة صاحبه إلى ورثته ، ولا يجوز التصريح عنه لشخص آخر » .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩٧ (١) من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التفسيرين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدي كان يقتضيه على عبارة « صراحة أوصناه » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢٢ (١) . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٩ (١) . وفي لجنة مجلس الشيوخ حلفت عبارة « صراحة أوصناه » ، وذلك « لأنها تزيد تنفي عن القواعد العامة » ، ووافقت اللجنة على النص بهذا الصطلح تحت رقم ٩٤٨ (١) . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله لجنة (مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ٤٤٢ - ٤٤٦) .

المابق لا يجوز النزول عن الشفعة إلا بعد ثبوت الحق فيها ، وذلك لأن القواعد العامة تقضى بأنه لا يجوز النزول عن حق إلا بعد ثبوت هذا الحق . فكان لا يجوز للشفيع ، قبل بيع العقار المشفوع فيه ، أى قبل أن يثبت له الحق فى الأخذ بالشفعة ، أن ينزل عن هذا الحق (١) . أما التقنين المدنى الجديد

— ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق م ١/١٩ : يسقط حق الشفعة فى الأحوال الآتية : أولا — إذا حصل النزول عنه صراحة أو ضمنا ، ويستدل حل النزاع الضمنى بكل عمل أو عقد يؤرخ منه أن الشفيع عرف المشتري بصفته مالك العقار نهائيا . (ولم يكن يجوز فى قانون الشفعة السابق النزول عن الشفعة إلا بعد ثبوت الحق فيها) .

يقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٥٢ (١) (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٣٤ (د) (موافق)

قانون الملكية المقارية اللبناني م ٢٤٦ (مدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٢٨) : يسقط

حق الشفعة : (١) (٢) إذا أسقطه الشفيع قبل تسجيل المشفوع صراحة أو بوثيقة خطية ذات تاريخ صحيح تحوى على اسم المشتري والتمن والشروط ، ولا يعود تاريخها إلى أكثر من ستة أشهر قبل التسجيل . (٣) إذا كان الشفيع وكيل البائع بالبيع أو شاهداً على العقد ووقع إمضاءه ولا تحفظ . (٤) إذا أسقط الشفيع حقه بعد التسجيل صراحة أو ضمنا ، ولكن هذا الإسقاط لا يجوز بعد تقديم الدعوى بالشفعة إلا برضا المشتري . (والقانون اللبناني يميز النزول عن الشفعة بطرق معينة ولكن هذه الطرق جميعا لا تكون إلا بعد ثبوت الحق فى الشفعة أى بعد بيع العقار المشفوع فيه) .

(١) أنظر فى علم جواز النزول عن الشفعة قبل ثبوت الحق فيها فى قانون الشفعة السابق : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٣٦ — ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض ، تطبيقا لأحكام قانون الشفعة السابق ، بأنه لما كان الاستشفاع حقا يجوز كسب الملك ، فإنه يجوز انتزاعه عنه مقدما وفقا للقواعد العامة ، ولا يثير من هذا النظر أن محل الالتزام هو حق محتمل الوجود ، متى كان الملتزم يعلم مقدما أنه الحق ومداؤه وأثر النزاع عنه . ففى كان الحكم إذ قضى بصحة انتزاعه عن الشفعة مقدما بنى قضاءه على أن قانون الشفعة — الذى يرسى على موضوع الالتزام — وإن لم يورد من مستطانتها إلا النزول عنها بعد البيع أخذاً برأى أئمة الفقه الإسلامى ، إلا أنه لم ينص على تحريم الاتفاق على انتزاعه عنها مقدما ، وأن هذا الاتفاق صحيح لعدم مخالفته للنظام العام ، وليس ثمة ما يوجب التقييد برأى فقهاء الشريعة فى هذا الخصوص ، فإن ما قرره هذا الحكم صحيح فى القانون (نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣ . ص ٦٥٨) .

فقد أجاز ذلك بنص صريح كما رأينا (م ٩٤٨ (١) مدني سائلة الذكر) ، وذلك تضييقا منه للحق في الأخذ بالشفعة بعد أن حصر هذا الحق في أصيق نطاق ، « وحتى يستطيع المشتري أن يأمن جانب الشفع قبل أن يقدم على الشراء » (١) . وعلى ذلك يجوز الآن للشفع أن يتزل عن الحق في الأخذ بالشفعة ، بعد ثبوت هذا الحق وقبل ثبوته ، صراحة أو ضمنا (٢) . أما التزل الصريح عن حق الشفعة بعد ثبوته فيصح أن يكون بالكتابة الرسمية أو العرفية ، كما يصح أن يكون شفويا ولكن يقع على من يتمسك بهذا التزل من مشتري أو بائع للعقار المشفوع فيه عبء الإثبات طبقا للقواعد العامة المقررة في الإثبات . ويصح التزل في أي وقت ، إلى يوم صدور الحكم بثبوت الشفعة (٣) . وقد يكون التزل عن حق الشفعة بعد ثبوته نزولا ضمنيا ،

= وانظر عكس ذلك وعدم جواز التزل قبل ثبوت الحق في الشفعة : استئناف وطني ٢٩ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٩٩ ص ٢٢٥ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستئناف ص ٥٨ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ١٠٠ ص ١٥٥ - ملطأ الكلية ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٠ المحاماة رقم ٢٦ ص ١٥٢ - استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٣٩٣ ص ٩٤٧ . (١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن ما يبرر عنه بالتزل عن الشفعة قبل البيع إن هو إلا تهدي من الشفع بالاستناع من استعمال حق الشفعة عند حصول البيع ، مما يفيد أن هذا التزل يجب أن يكون صريحا . أما التزل الضمني عن الشفعة فيفترض فيه حصول البيع ، ثم صدور حمل أو تصرف من الشفع بعد ذلك يفيد الرغبة من استعمال حق الشفعة . هذا هو مفهوم التزل الضمني عن الشفعة ، وهو ما كانت تقرره المادة ١٩ من قانون الشفعة الملغى إذ نصت على أنه « يستدل على التنازل الضمني بكل عمل أو عقد يؤخذ منه أن الشفع حرف المشتري بصفته مالك العقار نهائيا » . أما ما تضمنته المادة ٩٤٨ مدني جديد من سقوط الشفعة بالتزل عنها قبل البيع ، فالقصد منه جواز محاجة الشفع بما يكون قد صدر منه قبل البيع من التزام بعدم استعمال حق الشفعة . وبهذا النص حسم القانون المدني الجديد الخلاف الذي كان قائما قبل صدوره بشأن جواز محاجة الشفع بمثل هذا الالتزام (نقض مدني ١٠ مارس سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ٢١٣) .

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٢٨ ص ٥١٢ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٤٧ . ولا بد من صدور التزل من الشفع شخصيا أو بمن ينوب عنه قانونا . والتزل عن دعوى الشفعة يعتبر نزولا عن حق الشفعة ذاته ، وقد قضت محكمة النقض بأنه حتى لو كان التنازل مقصورا على ترك المرافعة في الدعوى ، فإن هذا الترك يترتب عليه إلغاء جميع إجراءات الدعوى بما فيها ورقة التكليف بالضور ، ويزيل كل الآثار التي ترقبت على إقامتها من حفظ الطلب وتعليق مدة التقادم ، وإنه يتفرع عن ذلك أن تكون الدعوى الجديدة قد رفضت بعد المبادى المتصوص عليه في القانون (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٠ ص ٨٧٨) . وانظر في عدم جواز التزل عن الشفعة بعد صدور الحكم بثبوت الحق فيها : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٧٠ .

ويكون ذلك بأى عمل يصدر من الشفيع يفيد حتماً أنه نزل عن حقه . مثل ذلك أن يعترف الشفيع بالمشتري للعقار المشفوع فيه مالكا لهذا العقار على وجه بات نهائى (١) ، كأن يتعامل معه على هذا الأساس فيشتري منه العقار أو برهنه أو يأخذ عليه حق اختصاص أو يرتب عليه لعقاره حق ارتفاق أو يرتب له حق ارتفاق على عقاره ، وكان يتصرف المشتري في العقار المشفوع فيه للغير فيشهد الشفيع على هذا التصرف دون تحفظ أو يكون وسيطا بين المشتري والتصرف له (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الشفيع لا يعتبر متنازلا عن حقه في الشفعة إلا إذا صدر منه ما يفيد أنه اعتبر المشتري مالكا نهائيا لمبيع . ولا يكتفى في ذلك أن يكون الشفيع ، وهو مستأجر للأرض المشفوع فيها ، قد اتفق مع البائع عو فسخ إيجارها وتمهد له بتسليمها إلى المشتري ولم يبادر إلى طلبها بالشفعة قبل أن يتكبد المشتري مصروفات التسجيل وغيرها ، القانون قد جعل للشفيع مدة خمسة عشر يوما لإبداء رغبته ، ففى أبدائها فى هذا الميعاد فلا يصح أن يؤاخذ بعدم إبدائها بعد العلم بالمبيع مباشرة أو بعده بأيام قلائل (نقض مدنى ١٥ نبرابر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٨ ص ٥٦٨) . كذلك رفض الأخذ بالشفعة بالنمى الذى طلبه المشتري لا اعتقاد الشفيع أن هذا النمى يزيد على النمى الحقيقى لا يعتبر نزولا عن الشفعة (نقض مدنى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢ ص ٢١) . ودفع الشفيع ، الذى كان مستأجرا للأرض المشفوع فيها ، الأموال الأميرية المستحقة على الأرض بعد توقيع الحجز على الزراعة ، لا يقيد النزول ضمنا عن حق الشفعة ، إذ الأموال الأميرية مستحقة على الأرض بصرف النظر عن شخص مالكيها ، ودفعها كان محولا للمستأجر والشفيع) فى عقد الإيجار ، وهو لم يدفعها إلا بعد توقيع الحجز على الزراعة (نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عام جزء أول ص ٧٢٨ رقم ١٩٣) .

(٢) ويعتبر نزولا ضمنيا أن يطلب الشفيع قسمة العقار مع المشتري إن كان العقار شائعا أو يفتق معه على حقوق ارتفاق (استئناف مخطط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ١٦ - ٦ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٨٢) ، أو أن يستأجر الشفيع من المشتري العقار المبيع أو يدفع الأجرة للمشتري إن كان العقار مؤجرا من البائع قبل البيع (استئناف وطنى ٢ مايو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ١٥ ص ٤٤ - استئناف مخطط ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ - ٣٣ ص ٢٢٧) . وبعد النزول عن الشفعة إلى الغير ، وهو باطل ، نزولا ضمنا عن الشفعة وإسقاطا لها (استئناف وطنى ٢ مايو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ١٥ ص ٤٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٢٩) . ولا يجوز التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بالنزول عن الشفعة . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه لا يجوز للمشتري أن يتسك لأول مرة أمام محكمة النقض بتنازل الشفيع عن حقه فى الشفعة لتهنته له (نقض مدنى ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٣١٩) .

وقد يقع نزول الشفع من الشفعة قبل ثبوت الحق فيها ، أى قبل بيع العقار المشفوع فيه ، ويكون الغرض من ذلك أن يأمن المشتري جانب الشفع قبل أن يقدم على الشراء كما سبق القول . فيحصل المشتري من الشفع على نزول صريح عن الشفعة قبل أن يتعاقد مع مالك العقار المشفوع فيه على البيع^(١) ، ويكون هذا النزول الصريح إما كتابة أو شفها وعلى المشتري عبء إثبات هذا النزول طبقاً للقواعد المقررة في الإثبات^(٢) . ويصح أن يكون النزول عن الشفعة قبل ثبوتها نزولاً ضمياً ، بأن يأتي الشفع بعمل يستفاد منه حتماً هذا النزول . مثل ذلك أن يكون الشفع قد توسط بنفسه بين المشتري ومالك العقار المشفوع فيه في عقد صفقة البيع التي صدرت من الثاني للأول ، أو رضى أن يكون وكيلًا عن المشتري في شراء العقار المشفوع فيه أو وكيلًا

(١) ويفسر النزول عن استعمال حق الشفعة تفسيراً ضيقاً . وقد قضت محكمة النقض بأن النص في عقد البيع على تنازل المشتري عن استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى البائع وخلفائه المباشرين هو استثناء من الأصل العام الذي يميز الشفعة في نطاق الحدود التي بينها القانون ، فلا يجوز التوسع في تفسيره . ومن ثم لا يجوز البحث في حواز انتقال هذا الالتزام بالنزول عن حق الشفعة إلى الخلف الخاص ، متى فسرت المحكمة شرط النزول تفسيراً ضيقاً واستخلصت منه أنه لا يفيد سوى البائع وخلفائه المباشرين (نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣٨ رقم ١٨٩ ورقم ١٩١ - وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٦٣) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن عرض العقار المشفوع فيه على الشفع قبل البيع وعدم قبوله شراره لا يبعد نزولاً عن حقه في الشفعة (استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٤٠ الهامة ٢٠ رقم ٣٩٣ ص ٩٤٧ - استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٧٩) وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا باع شخص عقاراً له ، ثم باعه المشتري لغيره ، وتوافر في البائع الأول وقت البيع الثاني شروط الأخذ بالشفعة ، فله أن يأخذ بالشفعة العقار الذي كان يملكه أولاً ، ولا يعتبر يمه إياه سابقاً نزولاً ضمياً من أخذه بالشفعة فيما بعد إذا توافرت شروط الشفعة (استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٣) .

(٢) هذا ويحدث كثيراً أن المشتري لعقار من شركة تخصصت في تقسيم الأراضي ويبيعها ينزل في عقد شرائه عن الشفعة فيما يتم من البيوع التي تتولاها الشركة مستقبلاً . وإذا كان المشتري يتقيد بهذا التنازل ، فإن خلفه لا يتقيد به إلا إذا اشترط المشتري عليه ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يمتد بتنازل المشتري من الشركة في عقد شرائه منها عن حق الشفعة ، لأن هذا التنازل لا يعتبر حق عينياً يتبع العقار في يد كائن من كان (نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٩ ص ٤١١) .

عن البائع في بيع هذا العقار . وإذا شهد الشفيع دون تحفظ على عقد البيع الذي تم بين مالك العقار المشفوع فيه والمشتري ، كان هذا نزولا ضمينا منه عن الشفعة ، ويكون النزول الضمني هنا معاصرا لثبوت الحق في الشفعة (١) .

(رابعاً) لا تنتقل الشفعة ، إذا مات الشفيع قبل أن يستعمل حقه فيها ، إلى ورثته . فإذا مات بعد أن يكون قد استعمل حقه ، بأن يكون قد أعلن رغبته في الأخذ بالشفعة قبل موته ، فإن حقه في تملك العقار المشفوع فيه يكون قد ثبت ، وينتقل هذا الحق منه إلى ورثته ، حتى لو لم يكن قد رفع دعوى الشفعة ، أو لم يكن قد تراضى عليها مع البائع المشفوع منه . ومن باب أولى لو أنه رفع دعوى الشفعة ثم مات ، فإن ورثته يحلون محله في الدعوى وبأخلاق العقار المشفوع فيه بالشفعة ، إلا إذا نزلوا عن هذا الحق . وبديهي أنه لو صدر الحكم بثبوت الشفعة للشفيع وأصبح مالكا للعقار المشفوع فيه ، فإن ملكية هذا

(١) وكانت المادة ٢٠ من قانون الشفعة السابق تنص على أنه « يجوز إثبات النزول الضمني عن حق الشفعة والعلم بالبيع بكافة طرق الإثبات المقررة في القانون بما فيها الإثبات بالبينة » . وقد أدرج هذا النص تحت رقم ١٣٩٧ مكررة في المشرع النهائي . ولما عرضت المادة على لجنة المراجعة ، قررت هذه اللجنة حذفها « لأنها تطبق للقواعد العامة » (مجوعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٤ في الماش) - وانظر استئناف مخطط ٦ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٤٥ - ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٠٢ - ١٤ يونيو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٢٧ - أول فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٠٥ .

أما إثبات النزول الصريح فتجب فيه ، طبق للقواعد المقررة في الإثبات ، الكتابة أو ما يعزى مقامها إذا كانت قيمة العقار المشفوع فيه تزيد على عشرة جنيهات . ذلك أنه في النزول الصريح لا شيء يمنع المحضوم من الحصول على الكتابة ، أما الأعمال التي يستفاد منها ضمنيا النزول من الشفعة فهذه لا يمكن الحصول على كتابة لإثباتها (استئناف وطني ٧ مايو سنة ١٨٩٥ الحقوق ١٠ رقم ٤٢ ص ٢٠٢ - استئناف مخطط ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٠٢) .

هذا ويجوز النزول عن الشفعة بمد طلبها ، وليس للمشتري أن يطالب الشفيع بالتصريح حتى لو كانت الأثمان قد جبلت (استئناف وطني ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٠٥ ص ٣٢٩) . أما إذا نزل الشفيع عن الشفعة فلا يجوز له أن يطلبها بمد نزوله منها ، وإنما يجوز له أن يطلبها في بيع جديد (نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجوعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٢ ص ٦٥٨ - استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٠ رقم ٣٩٢ ص ٩٤٧) .

وانظر في جواز النزول من الشفعة في مقابل عوض بنفسه المشتري واخلاف فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة : محمد كامل مرمي ٣ لفرة ٢٢٢ - لفر ٥٢٥ .

العقار تنتقل إلى ورثته كسائر أعيان تركته ، بل إن الورثة لا يستطيعون في هذه الحالة النزول عن حق الشفعة بعد أن صدر الحكم بثبوتها لمورثهم . كذلك من البديهي أنه إذا مات الشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه ، فإن ملكية العقار المشفوع به تنتقل من الشفيع إلى ورثته ، فإذا بيع العقار المشفوع فيه بعد ذلك ، ثبت حق الأخذ بالشفعة للورثة ، ولكن لا بطريق الاستخلاف عن المورث بل بطريق الأصالة عن أنفسهم ، إذ أن بيع العقار المشفوع فيه لم يقع إلا بعد أن انتقلت إليهم ملكية العقار المشفوع به . كل هذه فروض الحكم فيها واضح ، وهو ما قدمناه . وإنما يقع الخلاف فيما إذا مات الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة ، فهل ينتقل إلى ورثة الشفيع حق مورثهم في الأخذ بالشفعة ، ويكون لهم أن يعلنوا رغبته في ذلك كما كان لمورثهم أن يفعل لو أنه لم يموت ، إذا كان ميعاد الأخذ بالشفعة لم ينقض ؟

اختلفت الآراء في هذه المسألة اختلافاً بينا في عهد قانون الشفعة السابق ، فرأى يذهب إلى أنه لا يجوز للورثة الأخذ بالشفعة وأن الشفعة لا تورث ، ورأى آخر يذهب إلى أن الشفعة تورث فيجوز للورثة الأخذ بالشفعة . وقد رددت مشروعات التقنين المدني الجديد صدى هذا الخلاف . فكانت الفقرة الثانية من المادة ١٣٨٢ من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي : « والحق في الشفعة لا ينتقل بالحوالة ، وإنما ينتقل بالميراث . . . » (١) . ولكن لجنة المراجعة عدلت النص على الوجه الآتي : « والحق في الشفعة لا ينتقل بالتحويل ولا بالميراث . . . » . وفي لجنة مجلس الشيوخ دار نقاش حول توريث حق الشفعة ، ثم استقر رأي اللجنة على حذف الفقرة الثانية من المادة الخاصة بهذه

(١) وهذا النص وضعته لجنة الأستاذ كامل صدق ، وقد نوقش في هذه اللجنة ، فوافقت بأغلبية الآراء على انتقال حق الشفعة إلى الورثة وعدم انتقاله إلى الموصي له (مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ٣٥٤ في الماش) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في هذا الخصوص : « أن اللجنة (لجنة الأستاذ كامل صدق) جلست الحق في الشفعة ينتقل بالميراث ، خلاف لما ذهب إليه محكمة الاستئناف في دوائرها المجتمعة ، وأخذ بهذا الرأي بعض فقهاء الشريعة الإسلامية ومن بينهم الشافعي وعبد (٢) . وهو الرأي الذي يتفق مع المبادئ العامة للقانون ، فإن الشفعة أساس للمعوى من المعامى المالية ، وهذه المعامى تنتقل بالميراث » (مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ٣٤٩ - ص ٣٥١) .

المسألة : وترك حكمها لاجتهاد القضاء ، (١) . وترك الحكم في هذه المسألة لاجتهاد القضاء أمر غير ، فالقضاء فيها جد مختلف . وإذا كانت محكمة النقض قد قضت بأن الشفعة تورث ، إلا أنه يصعب القول بأن هذا القضاء قد حسم كل خلاف ، وبخاصة أن الفقه المصري لا يزال ، حتى بعد صدور التقنين المدني الجديد ، متقسما كل الانقسام . بل إن المسألة في الشريعة الإسلامية ، وهي المصدر الذي اشتق منه الشفعة ، مسألة من المسائل التي اختلفت فيها المذاهب واضطربت فيها الأحوال . ونبدأ بإيراد الخلاف في المسألة بين مذاهب الفقه الإسلامي ، ثم بين أحكام القضاء المصري ، ثم بين الآراء الفقهية ، تمهيدا لإبداء رأينا فيها .

أما الخلاف في الفقه الإسلامي ، فقد لخصناه في الجزء الخامس من كتابنا « مصادر الحق في الفقه الإسلامي » على الوجه الآتي : « أما حق الشفعة فيذهب الحنفية إلى أنه لا يورث ، كما لا يورث خيار الشرط ، لأن كلا منهما مشيئة والمشيئة لا تورث . وهذه رواية عن أحمد ، وفي رواية أخرى عنه حق الشفعة يورث لأنه حق متعلق بالمال ومفوض إلى تملكه . وأما ما تقوله الحنفية من أنه إرادة ومغيبية ، فالإرادة تتعلق هنا بشيء له وجود سابق ، إذ الشفع لا يستطيع المطالبة بأخذ أى عقار بالشفعة ، بل يأخذ عقارا معيناً بالذات لأنه أولى به من مشتريه . فإذا مات الشفع قبل أن يطلب لم تتغير حال المبيع ، فيكون الوارث أحق به من مشتريه لقيام الوارث مقام المورث . جاء في البدائع (جزء ٢ ص ٢٢) وهو من كتب الفقه الحنفي : وأما الضروري (فيما تبطل به الشفعة) فنحو أن يموت الشفع بعد الطلبين قبل الأخذ بالشفعة ، فتبطل شفעתه . وهذا عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله لا تبطل ولوارثه حق الأخذ . ولقب المسألة أن خيار الشفعة هل يورث ؟ عندنا لا يورث ، وعنده يورث . والكلام فيه من الجانبين على نحو الكلام في خيار الشرط . وجاء في بداية المجتهد (جزء ٢ ص ٢١٨) وهو من كتب الفقه المالكي : فمن ذلك اختلافهم في ميراث حق الشفعة ، فذهب الكوفيون إلى أنه لا يورث كما أنه لا يباع ، وذهب مالك والشافعي وأهل الحجاز إلى أنها موروثه قياسا على الأموال . وجاء في المهذب (جزء

أول ص ٣٨٣) وهو من كتب الفقه الشافعي : وإن مات الشفيع قبل الغزو والأخذ ، انتقل حقه من الشفعة إلى ورثته ، لأنه قبض ما استحقه بعقد البيع فانتقل إلى الورثة كقبض المشتري في البيع ، ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث كالرد بالعيب . وجاء في المغني (جزء ٥ طبعة الثالثة ص ٣٤٦ - ص ٣٤٧) وهو من كتب الفقه الحنبلي : والشفعة لا تورث ، إلا أن يكون الميت طالب بها . وحيلة ذلك أن الشفيع ، إذا مات قبل الأخذ بها ، لم يخل من حالين . (أحدهما) أن يموت قبل الطلب بها ، فتسقط ولا تنتقل إلى الورثة . وقال أحمد الموت يطل به ثلاثة أشياء : الشفعة والحد إذا مات المقلوف والخيار إذا مات الذي اشترط الخيار لم يكن للورثة . هذه الثلاثة الأشياء إنما هي بالطلب ، فإذا لم يطلب فليس يجب ، إلا أن يشهد أني حل حق من كذا وكذا وأني قد طلبته ، فإن مات بعده كان لوارثه الطلب به . وروى سقوطه بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي ، وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي . وقال مالك والشافعي والعنبري يورث ، قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب . ولنا أنه حق فسخ ثبت لا لفوات جزء فلم يورث كالرجوع في الهبة أو لأنه نوع خيار جعل للتمليك أشبه خيار القبول . أما خيار الرد بالعيب ، فإنه لا استدراك جزء فات من المبيع ، . (الحال الثاني) إذا طالب بالشفعة ثم مات ، فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة قولاً واحداً ، ذكره أبو الخطاب وقد ذكرنا نص أحمد عليه . لأن الحق يتقرر بالطلب ، ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده ، وقبله يسقط (١) . ويخلص مما قدمناه من الخلاف في الفقه الإسلامي أن الخلاف محتدم في هذا الفقه . فالحنفية والحنابلة وكثير من الأئمة المجهدين من غير المذاهب الأربعة ، كالحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والثوري وإسحاق ، يذهبون جميعاً إلى أن الشفعة لا تورث . والذين يقولون بأنها تورث هم المالكية والشافعية . فوضح من ذلك أنه لا يمكن ترجيح رأى على رأى على وجه جازم ، وإن كان الأقرب إلى الرجحان هو القول بعدم انتقال الشفعة بالميراث ، وقد أيد هذا القول تأييداً قوياً أحد فقهاء

الحنفية البارزين ، ورد على القول الآخر ردودا جلية واضحة (١).

أما القضاء المصرى فى هذه المسألة ، فهو أيضا مختلف . قضى بعض الأحكام بأن الشفعة لا تورث (٢) ، وقضى بعض آخر بأنها تنتقل بالميراث (٣). ثم طرحت المسألة على دوائر محكمة استئناف مصر المحترمة ، فقضت فى ٣

(١) والفقيه الحنفى الذى نشير إليه هو الزيلعى ، وقد رد على مذهب الشافعى بما يأتى : « وقال الشافعى لا لى بموت الشفع أبداً ، لأن هذا حق معتبر فى الشرع كالفقاص وحق الرد بالعيب . ولنا أنه مجرد حق وهو حق التملك ، وأنه مجرد رأى ، وهو صفة فلا يورث عنه . بخلاف الفقاص ، لأن من عليه الفقاص صار كالمملوك لمز له الفقاص ، ولهذا جاز أخذ العوض عنه ، وملك العين يبقى بعد الموت فأمكن إرثه . بخلاف الشفعة ، لأنها مجرد حق إذ هى مجرد الرأى والمشقة ، وهذا لا يجوز الاحتياض عنها ، وكذا لا يمكن إرثها . ولأن الشفع يزول ملكه بالموت من داره التى يشفع بها ويثبت الملك فيها الوارث بعد البيع ، وقيام ملك الشفع فى التى يشفع بها من وقت البيع إلى الأبد بالشفعة شرط ، ولم يوجد فى حق الميت وقت الأخذ ولا فى حق الوارث وقت البيع ، فطلت لأنها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ولا بالملك الزائل وقت الأخذ . وإنما لا تبطل بموت المشتري لأن المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ، وإنما حصل الانتقال إلى الورثة فى الدار المشفوعة ، وذلك حقه ، كما إذا انتقل إلى غيره بسبب آخر فيقتضه ويأخذها بالشفعة ، كما ينقض سائر تصرفاته حتى المسجد والمقبرة والوقف ، وكذا لو باعها القاضى أو باعها وصيه كان له نقضه » (الزيلعى جزء ٥ ص ٢٥٧ - ٢٥٨) .

(٢) مصر الكلية : يوليه سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ٣١٧ - أسبوط الابتدائية (استئناف) ٧ نوفمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٣٠ - أنقازيق الكلية ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٣ ص ٦٣ - أسبوط الكلية ٣ فبراير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١١٣ ص ١٦٣ - الزقازيق الكلية ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٣٣ ص ٥٦ - الاسكندرية الكلية ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٢٤٩ ص ٣٦٧ - دمنهور الجزئية ١٦ يوفية سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٧ رقم ١١٧ ص ٢٤١ - شبين الكوم الجزئية ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣٤٣ ص ٥٦٦ - استئناف مخطط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣١٦ - ١٤ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨١ - ١٩ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٣٥ - ١٦ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٥٤ - ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩١ - ٦ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٩ - ومن هذا الرأى من الفقهاء المصريين قبل صدور التقنين المدنى الجديد أحمد فتحى زغلول ص ٨٩ - على زكى المرابى فقرة ١٤٣ .

(٣) مصر الكلية ١٩ أبريل سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٧ رقم ١٤٢ ص ٢٧٨ - استئناف وطنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢ المحاكم ١٣ رقم ٥١٣ ص ٢٨٦٤ - ٢ يناير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٣٣ ص ٦٢ - ومن هذا الرأى من الفقهاء المصريين قبل صدور التقنين المدنى الجديد عبد السلام ذهى فى الأموال فقرة ٤٦١ .

مايو سنة ١٩٣٠ بأن الحق في الشفعة لا ينتقل إلى الوارث بوقاة الشفع قبل التملك بالتراضى أو بقضاء القاضى (١) . ولكن عندما أنشئت محكمة النقض

(١) استئناف مصر (دوائر مجمعة) ٣ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة ٣١ رقم ٦١ ص ١٧٢ - المحاماة ١٠ ولم ٤٢٦ ص ٨٤٣ - وجهه في أسباب الحكم ما يأتي : « حيث إن المسألة المطروحة الفصل فيها هي ما إذا كان حق الشفعة يحل بموت الشفع قبل تملكه العين المشفوعة بالقضاء أو بالتراضى ، أو أن هذا الحق ينتقل بعده لوارثه . وحيث إن قانون الشفعة لم ينص على هذه الحالة ، ولما كان الشارع قد أخذ حق الشفعة من الشريعة الإسلامية فقد وجب الرجوع إليها لمعرفة طبيعة هذا الحق . وحيث إن الفقهاء قد عرفوا الغنعة بأنها حق تملك المقار المبيع أو يسهه ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن . وحيث إن هذا الحق هو بطبيعته حق استثنائي لأنه قيد على حرية التصرف ، وهو نوع من نزع الملكية لشفعة خصوصية ، ولذلك يمنع الفقهاء دائما باب الغنعة عند باب العصب ، ويذكرون وجه الشبه بينهما أن في كل منهما تملك مال الغير بغير رضائه . وقد عملوا إلى تخفيف وطأته بالتشدد في شروطه والتوسع في معطلاته ، فألفوا جميعا بأن الشفع بمجرد طهه بالبيع يجب عليه أن يعلن فوراً رغبته في الأجل بالشفعة ويطلبه على رغبته طهه . وحيث إن الفقهاء لا يعتبرون حق الشفع قبل تملكه العين المشفوعة نهائياً بالقضاء أو الرضاء حق تام ، بل يصفونه بأنه حق ضعيف ، لأنه عبارة عن مجرد طلب التملك ، فهو مجرد رأى ومشية ، أو عبارة علماء القانون (simple faculté) .

وقرروا بناء على ذلك أنه لا يمكن أن يمسكس عنه ، ولا أن يورث ، فهو حق لا يصح بشخص الشفع لا يمكن أن ينتقل من لغيره . وحيث إنه من جهة أخرى فإنه من شروط هذا الحق في الشريعة أن يكون الشفع مالك لما يشفع به من وقت البيع إلى وقت الأخذ بالشفعة . فإذا زال ملكه بطلت شفعة بزوال سببها ، ولا تنتقل لمن آلى إليه الملك لأن ملكه يكون حادثاً بعد البيع وهو يجب أن يكون مالكا وقت . وبناء على ذلك إذا مات الشفع بطلت شفعة ولم تنتقل لوارثه لأن الوارث إنما يملك بالميراث من وقت الوفاة وهي حادثة بعد البيع . وحيث إن هذه المبادئ التي قررتها الشريعة لم يأت قانون الشفعة بما يخالفها ، فوجب العمل بها . وحيث إنه وإن كان الشافعي ومالك يقولان بالإرث في الشفعة ، إلا أن ملقب الإمام أبي حنيفة هو المذهب المعمول به في مصر منذ زمن طويل ، وقد أخذ به الشارع في مسائل الأحوال الشخصية والوقت . . . وعندما أراد الشارع اقتباس بعض أحكام من مذاهب أخرى اضطر لعمل تشريع جديد ، كما فعل بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص بالطلاق والنفقة والمدة وغيرها . فيجب اعتبار أن ملقب أبي حنيفة هو المرجح الأصل في نظر الشارع لأحكام الشريعة . والواقع أنه أخذت أحكام الشفعة في مجموعها ، حيث غول حق الشفعة للجار والشريك مطلق طبق لمذاهب المالكي ، خلافاً للمذاهب الشافعي ومالك الذين لا يجوزونه إلا للشريك فقط في حالة ما إذا كان المزار لا يقبل القسمة . وحيث إنه لا محل لارتكان على المادة ٢٩٩ من قانون المرافعات لقول إنه إذا مات أحد الخصوم أثناء سير الدعوى حلت ورثته محله في جميع الأحوال ، لأن قانون المرافعات لم يوضع لتقرير الحقوق ، بل لطريقة المطالبة بها ، فهو قانون إجراءات لا قانون موضوع ، وفرض المادة ٢٩٩ من أن الوارث يحل محل المورث في الدعوى إذا كان الحق في موضوع الدعوى قد انتقل إليه . فلهذه الأسباب حكمت دوائر المحكمة بمجئته بالا بمنتقل حق الشفعة إلى الوارث بوقاة الشفع قبل التملك بالتراضى أو بقضاء القاضى . »

رفع إليها الأمر ، فقضت في ٨ يونيو سنة ١٩٣٩ بعكس ما قضت به الدوائر
المجتمعة لحكمة استئناف مصر : وبأن الحق في الشفعة ينتقل بالميراث (١) ،

(١) نقض ملغى ٨ يونيو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٩ ص ٥٧٥ - وجاء في
أسباب الحكم ما يأتي : « وحيث أن الأصل في القوانين الوضعية أن من ترك مالا فلورثته .
ولهذا خلت القوانين الوضعية من النص فيها على ما ينتقل للورثة من الخيارات المختلفة ، لأن الأصل
فيها جيب الانتقال للورثة ، إلا ما كان خاص بذات صاحب الخيار فيسقط بالموت وكما
خلا القانون المصري من حكم خيار الميب وخيار الشرط وخيار التعين وخيار الاسترداد
الوراثي وخيار المدين دفع ثمن الدين المبيع لمشتريه ، كذلك خلا قانون الشفعة من النص على
حكم خيار الشفع أو ينتقل للورثة أو لا ينتقل . فالقول الفصل فيها جميعاً بأنها تنتقل قانوناً إلى ورثة
صاحب الخيار ، لأنها حقوق مالية يجرى فيها التوارث بجرى الأصل . وحيث إن الأصل
كذلك في الشريعة الإسلامية - على مذهب جمهور الفقهاء - هو أن تورث الحقوق والأموال
إلا ما قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال . أما الحنفية منهم ، فالأصل عندهم أن يورث
المال دون الحقوق ، لأن الذي ثبت عن الشارع هو قوله صلى الله عليه وسلم : من ترك مالا
فلورثته ، إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال . فوضع الخلاف بين الأئمة هل الأصل
هو أن تورث الحقوق كأموال أم لا . فأبو حنيفة وأصحابه يذهبون إلى أن الوارث يكون له
ما كان للمورث من الخيارات في خيار الميب وخيار فوات الوصف المرغوب فيه وخيار
التعين وخيارات أخرى ، لأجل اعتبار أن الذي ينتقل للورثة هو حق من الحقوق ، بل على
اعتبار أن المتقل إليهم حين النصقت بها حقوق . فحق خيار الميب وخيار فوات الوصف ،
السبب المحامل على الخيار قائم بالعين بعد موت المورث كما كان قائماً قبله . أما خيار الشفعة
فليس متعلقاً بالعين المشفوع فيها ولا حقاً بها ، بل هو راجع خفض إرادة الشفع فإن شاء
أخذ وإن شاء ترك ، فهو لا ينتقل إلى الوارث لأنه ليس بمال ولا في معنى المال . أما جمهور
الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد ، فأصلهم أن الحقوق والاختصاصات
والخيارات قررت كما قررت الأموال ، إلا ما كان صفة خاصة بذى الخيار ، كخيار الأب
في ردهته فلا يورث لأنه خيار راجع إلى صفة في الأب لا توجد في غيره وهي الأبوة .
فسبب خلافهم إذن في خيار خيار ، على ما يقوله الإمام ابن رشد ، أنه من انقذ له في
شيء منها أنه صفة العقد ورثته ، ومن انقذ له أنه صفة خاصة لذى الخيار لم يورثه . وحيث
إن مذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة في انتقال الخيارات انتقال الأموال والحقوق إلى
الورثة هو الذي يلائم مذهب القانون المصري فيما جرى به من توريث الأموال والحقوق المتعلقة
بأموال والحقوق المجردة والمنافع والخيارات والمزاعم والدعاوى وأجال الديون ، فن مات
وعليه دين مؤجل فلا يحل أجل الدين بموته لأنه حق استفادته المدين حال حياته ، فينتقل بعد
موته إلى ورثته ميراثاً عنه . والمنافع المملوكة لشخص إذا مات قبل استيفائها يخلفه ورثته فيما
بقى منها ، ولهذا لا تنفخ الإجارة بموت المستأجر أو المؤجر في أثناء المدة ، ومن أعطيت له
أرض ليحييها بالزراعة أو العمارة فحجرها ولم يباشر فيها عمل الإحياء وكان ذلك قبل مضي
ثلاث سنين حل وارثه محلّه في اختصاصه بها وأولويته بأحيائها ، وإذا مات الدائن المرتب
انتقلت العين المرهونة إلى يد وارثه ، وانتقل منها حق حبسها حتى يستوفى الدين . وهذا كله
صحيح في مذهب القانون وجمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة ، وغير صحيح في مذهب أبي
حنيفة . والخلاصة أن حكم القانون في خيار الشفعة هو انتقاله إلى الورثة ، كراى جمهور
أولئك الفقهاء والأئمة . »

وأما الفقه المهرى . بعد صدور التقنين المدني الجديد وسكوت هذا التقنين عن النص على هذه المسألة تاركاً إياها لاجتهاد الفقه والقضاء ، فهو كذلك منقسم ، ولا يكاد الباحث يتبين فيه الرأى الراجح من الرأى المرجوح . فن الفقهاء من يذهب إلى أن الحق في الشفعة لا يورث . ويخالف في ذلك قضاء محكمة النقض على الوجه الذى بسطناه (٢) . ومن الفقهاء من يذهب

(١) نقض مدنى ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠ - وقد جاء في أسباب هذا اغكم ما يأتى : « وحيث إن الشريعة الإسلامية لاتعتبر من القانون الواجب على المحاكم النظامية تطبيقه إلا فى خاصة العلاقات المدنية التى نشأت قبل إنشاء المحاكم الأهلية ، وفيما أحاله القانون إليها كالميراث والحكر وفى مسائل الأحوال الشخصية التى تعرض لها ولا تجد فيها ما يستدعى التقرير بوقف الدعوى حتى تفصل فى هذه المسائل المحاكم الشرعية المختصة بنظرها بصفة أصلية . أما ماأخذه الشارع من أحكام الشريعة وطبعه بطابعه وأدغمه فى القوانين كأحكام المريض مرض الموت وأحكام الشفعة وحقوق الزوجات فى القانون التجارى ، فإنه يكون قانوناً بذاته تطبقه المحاكم النظامية وتفسره غير متقيدة فيه بأراء أئمة الفقه الإسلامى . وعلى ذلك فكون الشريعة الإسلامية هى مصدر تشريع الشفعة لا يوجب التقيد بأراء أئمتها عند البحث فى هل ينتقل حق الشفعة بالإرث أو لا ينتقل . وحيث إن كون الشيء مالا فينتقل من الشخص إلى ورثته أو ليس بمال فلا ينتقل ، هو بحث فى مسألة حينية فى صميم المعاملات ... وحيث إن المال فى اصطلاح القانون هو كل شئ . نافع للإنسان يصح أن يتأثر به وحده دون غيره . وكما يكون المال شيئاً مادياً كالأعيان التى تقع تحت الحواس ، كذلك يكون شيئاً مضمونياً كالحقوق التى لا تدرأ إلا بالتصور . والاستشفاع حق من هذه الحقوق توافرت فيه عناصر المالية ، النفع والتقدم وقابلية الاستئثار ، فوجب اعتباره مالا . أما الزعم بأن هذا الحق ليس بمال قولاً بأنه مجرد خيار مردود إلى مشيئة الشفع . ورجبته وأنه متصل بشخصه ولا تعلق له بأعين المشفوعة ، فهو زعم لا يستقيم فى ظل أحكام القانون الوضعى الذى جعل إعلان الشفع . رغبة فى الأخذ بالشفعة وتسجيل هذا الإعلان حجة على الغير ، وجعل أن كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل حق عيى قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده بعد تاريخ التسجيل المذكور لا يسرى على الشفع ، مما لا يمكن منه القول بأن حق الشفعة حق متصل بشخص الشفع ولا تعلق له بالمال » .

وانظر أيضاً نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٧ ص ٢١٤ . وقد رددت المحكمة الأسباب التى سبق أن أوردتها فى الحكم السابق) .

(٢) ومن هؤلاء الفقهاء الأستاذ محمد على حره ، فراه يقول : « إن المشرع ، وقد عرف الشفعة فى المادة ٩٣٥ من القانون المدنى الجديد بأنها رخصة لاحق ، يكون قد دل بذلك على توجيهه لاتجاه الحنفية فى تكييف الشفعة بأنها إرادة ومشيئة ، وهى بهذه المثابة لا يمكن القول بانتقالها إلى الورثة .. ونحن فى هذا نتفق مع حكم العوائى المجتمة ، ولكننا لاننابه فى » (٣٠)

إلى عكس هذا الرأي ويقول بأن الحق في الشفعة يورث ويتفق في ذلك مع قضاء محكمة النقض (١).

= النتيجة التي انتهى إليها . وذلك لأننا نرى أن الرخص تتأكد باستعمالها ، فإذا ما ألبست الرخصة ثوب الدعوى فإنها تتحقق نهائياً أي تنقلب إلى حق يخلص من ذلك أننا نرى أنه إذا توفى الشفع قبل مباشرة دعواه سقطت الشفعة بوفاته ، إذ لا تكون الدعوى مقبولة ابتداء من ورثته لأنهم لم يكونوا مالكيين وقت البيع سبب الشفعة ، وهو شرط أساس لثبوت الشفعة . ولاتقبل منهم الدعوى بصفتهم ورثة للشفع ، إذ أن الشفع لم يرفع بعد الدعوى باسمه هو حتى يحل ورثته محله فيها . أما إذا كان الشفع قد رفع الدعوى قبل وفاته ، فإنها تصبح جزءاً من ذمته ، وتنتقل بالتالي إلى ورثته مع أموال التركة الأخرى (مجدد ج ٢ فقرة ٢٦٠) - ومنهم الأستاذ عبد المنعم البدر الذي يقول : « يبدو أنه إذا توفى الشفع قبل استكمال حقه ، لم ينتقل حقه إلى ورثته : فمن الشفعة يكون قد سقط حقه ، ولا يستطيع الورثة الأخذ بالشفعة لأنهم لم يكونوا ملاك وقت البيع » (عبد المنعم البدر في فقرة ٤٢٢ ص ١٥٢) - ومنهم الأستاذ إسحاق غانم ، وهو يقول : « ويبدو أن الرأي السليم هو ما ذهب إليه محكمة الاستئناف في دوائرها المختصة ، لا على أساس التقيد بالمذهب الحنفي ، وإنما على أساس أن من شروط الشفعة ، طبق لما تقتضيه الحكمة المقصودة منها ، أن يكون الشفع مالكا للمعار المشفوع به وقت البيع المشفوع فيه وأن تستمر ملكيته إلى حين الحكم له بالشفعة .. ووارث الشفع لم يكن مالكا للمعار وقت البيع . هذا إلى أن إسقاط الشفعة بموت الشفع يتشبه مع اتجاه المشرع في التقنين المدخل الحذر إلى التصديق منها . ومن رأينا ، بناء على ما تقدم ، أن موت الشفع يترتب عليه سقوط حق الشفعة ، ولو طرأت الوفاة بعد إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة أوسى بعد رفع دعوى الشفعة (إسحاق غانم ص ٩٢) - ومنهم الأستاذ حسن كيرة ، حيث يقول : « ونحن نفصل القول بأن الشفعة لا يمكن أن تورث ، لأن المشرع في القانون الجديد يصفها صراحة بأنها رخصة ، ومن المسلم أن الرخص لا تورث كالحقوق . فضلا عن أنه ، كما قالت الدوائر المختصة لمحكمة الاستئناف ، يتخلف شرط جوهرى هو أن يكون الوارث غير متملك وقت البيع مع أن شرط تملكه وقت البيع هو شرط أساسى في الأخذ بالشفعة . . . ويجب أن نلاحظ أنه إذا رفضت الدعوى بالشفعة فقد صارت حقا للشفع ، وهذا الحق هو حق مالى ، ولذلك ليس ثمة ما يمنع من أن يرث ورثة الشفع إذا توفى بعد رفع الدعوى هذا الحق ، لأنهم يرثون حينئذ حقا ولا يرثون رخصة » (حسن كيرة ص ٢٥) - وانظر أيضا عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٦٠ ص ٣٩٢ .

(١) ومن هؤلاء الفقهاء الأستاذ شفيق شحاتة وهو يقول : « هذا وإن حق طلب الشفعة لا يسقط بموت الشفع ، وقد قضت بذلك محكمة النقض ولو فرض أن المورث كان يملك طلب الشفعة ، فإن الوارث يستطيع أن يباشر هذا الحق إذا ما انتقل إليه ، وهو لا يحتاج إلى إثبات أن شروطه متوافرة بالنسبة إليه إذا كانت الشروط قد توافرت بالنسبة إلى مورثه . ولذلك أن حق الشفعة ينتقل به إبداء الرغبة إلى وارث الشفع ، ذلك أن آخر بعد الإعلان

ونحن إزاء هذا الخلاف المحتدم ، وقد شمل كلا من الفقه الإسلامي وأحكام القضاء وأقوال الفقهاء ولم يسعف فيه نص صريح في التقنين المدني إذ ترك هذا التقنين الأمر لاجتهاد القضاء (١) ، لايسعنا إلا أن نتقدم إلى القضاء بالملاحظات الآتية :

= قد تقرر عل عين من الأحيان ، وهو حق شبه عيني ينتقل إلى الورثة كالحق العيني سواء بسواء (شفيق شحاتة فقرة ٢٥٨) - ومنهم الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة وهو يقول : « ونحن نقر ما ذهب إليه محكمة النقض من أن حق الشفع في الأخذ بالشفعة لا يسقط بموته ، وإنما ينتقل إلى ورثته . ونعتقد أن هذا الانتقال يتحقق حتى لو مات الشفع قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى . ذلك أن الشفعة ، ولو أنها رخصة تتعلق بمشئة الشفع ، إلا أنها بحكم طبيعتها تلازم المقار المشفوع به فتنتقل منه إلى الوراث » (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٧ ص ٤٩٨) - ومنهم الأستاذ منصور مصطفى منصور وهو يقول : « ونرى أن رأى محكمة النقض هو الرأي الصحيح . ولا يصح الاعتراض عليه والقول إن الوارث لا يجوز له أن يأخذ المقار بالشفعة لأنه لم يكن مالكا للمقار الذي يشفع به وقت البيع إذ يجب أولا الفصل في مسألة ما إذا كان حق الأخذ بالشفعة يورث أولا يورث . فإذا قلنا مع محكمة النقض أنه يورث ، فينتقل هذا الحق إلى الوراث بالحالة التي كان عليها وقت وفاة المورث . وعلى ذلك فإذا مات المورث قبل أن يتخذ أي إجراء من إجراءات الأخذ بالشفعة فلم يعلن رغبته ، كان للوارث أن يعلن الرغبة في الميعاد المحدد لذلك مادام أن هذا الميعاد لم ينته به . وإذا كان المورث قد باشر بعض الإجراءات ، قبل الوارث أن يستمر فيها كما لو كان المورث لا يزال حيا ويباشر هو الإجراءات » (منصور مصطفى منصور فقرة ١٥٠ ص ٣٥٧) . قارب أيضا محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٥٥٤ وفقرة ٥٦١ .

هذا وقد تورنا في الجزء الخامس من مصادر الحق في الفقه الإسلامي ما يأتي : « ولا شك في أنه مادام أن النص الذي كان مشروع التقنين المدني الجديديشتمل عليه لحسم الخلاف قد حذف ، وترك الأمر لاجتهاد القضاء ، ولم ير المشرع أن يضيف إلى سلسلة القيود التي أحاط بها الشفعة تحفظا من أثرها في تقييد حرية التملك فبدأ جديد أ بالنص صراحة على أن حق الشفعة لا ينتقل بالميراث ، فلا مناص من الرجوع إلى أحكام القضاء في هذه المسألة . ويبدو أن محكمة النقض في حكمها المتقدم الذكر ، وفيما استند إليه هذا الحكم من أسباب وجوبه ، قد حسنت الخلاف ، إذ قضت بأن حق الشفعة هو حق مالي ينتقل بالميراث كسائر الحقوق المالية » (مصادر الحق في الفقه الإسلامي جزء ٥ ص ٧٥) - وهذا الذي قلناه لا يمننا من معاودة النظر في هذه المسألة لبحث الأمر بحثا غير متأثر بقضاء محكمة النقض . فقد كنا فيما قدمناه أقرب إلى أن نقرر الواقع ونسجل ما جرى به القضاء ، منا إلى تجميع هذا القضاء وتقرير ما ينبغي أن يكون .

(١) أما في التقنينات المدنية العربية الأخرى ، فقد جاء في تقنينين منها نص صريح يأخذ بالانتقال حق الشفعة بالميراث . فنصت المادة ١١٣٣ / ٣ مدني عراقي على ما يأتي : « متى ثبتت الشفعة ، فلا تبطل بموت البائع أو المشتري أو الشفع » ونصت المادة ٢٤٣ من قانون الملكية العقارية اللبناني (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أن « ينتقل حق الشفعة عند وفاة صاحبه إلى ورثته ، ولا يجوز التفريق عنه لشخص آخر » .

يجب بادئ ذي بدء أن نحدد المسألة تحديدا دقيقا ، فقد قدمنا أن المقصود بحق الشفعة ، الذى ينظر فى انتقاله إلى الورثة أو عدم انتقاله ، ليس هو الحق الذى استقر للشفيع قبل موته بعد أن أعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة . ففى رأينا - وسنبسط ذلك فيما يلى - أن الشفيع إذا أعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة يكون قد تكاملت عنده عناصر سبب كسب ملكية العقار المشفوع فيه ، وحل باعلان هذه الرغبة محل المشترى فى الصفقة التى عقدها هذا مع البائع . ولا شك فى أنه إذا مات بعد ذلك ، انتقل حقه هذا ، أى حق ملكية العقار المشفوع فيه ، إلى ورثته ، وعلى هؤلاء أن يستمروا فى إجراءات الأخذ بالشفعة حتى يحصلوا على حكم بثبوتها أو يحصلوا على رضاه بها . والذى يستلقت النظر فى الأحكام الثلاثة التى صدرت من محكمة النقض فى هذه المسألة ، هو أن الثابت من وقائع الدعوى فى كل منها أن الشفيع لم يمت إلا بعد أن أعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة ، بل وبعد أن رفع الدعوى بها . فالأحكام الثلاثة التى قضت كلها بانتقال الشفعة إلى الورثة تكون إذن ، من وجهة النظر التى أبديناها ، صحيحة . ولكن محكمة النقض ، كما سئرى ، تذهب إلى أن حق الشفيع لا يثبت إلا عند صدور الحكم . وأيا كان الوقت الذى يثبت فيه للشفيع الحق فى الحلول محل المشترى - وقت إعلان الرغبة أو وقت صدور الحكم - فإن المسألة التى نبهنا هنا هى دل ينقل إلى الورثة الحق فى الأخذ بالشفعة إذا مات الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل أن يثبت له حق الحلول محل المشترى ، أى قبل إعلان الرغبة فى رأينا أو قبل صدور الحكم بثبوت الشفعة فيما ذهب إليه محكمة النقض ؟ هناك فرضان لا يجوز الخلاف فيهما : (١) إذا مات الشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه وانتقلت ملكية العقار المشفوع به إلى الورثة ، فلهؤلاء أن يأخذوا بالشفعة عند بيع العقار المشفوع فيه ، وهم يأخذون بالشفعة كما قدمنا أصالة عن أنفسهم باعتبارهم ملاكا للعقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه ، لا باعتبارهم ورثة حلوا محل مورثهم . (٢) إذا مات الشفيع بعد أن حل محل المشترى ، سواء باعلان الرغبة فى الرأى الذى نقول به أو بصدر الحكم بثبوت الشفعة فى الرأى الذى تذهب إليه محكمة النقض ، كان للورثة أن يأخذوا بالشفعة ، ولكن لا أصالة عن أنفسهم كما فى الفرض الأول ، بل لأنهم حلوا محل مورثهم بعد أن انتقل إليهم حقه بالميراث .

والفرض الذى يجوز فيه الخلاف هو ، كما قدمنا ، الفرض الذى يموت فيه الشفع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل حلوله محل المشتري . وهنا ننظر إلى المسألة من ناحية تطبيق المبادئ العامة للقانون المدنى ، ومن ناحية الاستناد إلى الفقه الإسلامى وهو المصدر الذى اشتقت منه نصوص الشفعة .

فن ناحية تطبيق المبادئ العامة للقانون المدنى ، يجب القول إن الشفع فى الفرض الذى نحن بصددده ، بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل حلوله محل المشتري ، لم يثبت له حق فى العقار المشفوع فيه . وليست الشفعة فى هذه المرحلة إلا رخصة ، أو هى مترلة وسطى ما بين الرخصة والحق^(١) . وسواء كانت رخصة أو كانت مترلة وسطى ، فهى لم تُكسب الشفع بعدُ حقا كاملا فى العقار المشفوع فيه . والذى ينتقل إلى الورثة من مورثهم هى الحقوق الكاملة التى ثبتت للمورث ، ولا ينتقل إليهم رخصة أو مترلة وسطى ما بين الرخصة والحق ، فهذه وتلك ليست بحقوق كاملة حتى تنتقلا إلى الورثة^(٢) . ومن ثم لا يجوز القول ، من ناحية المبادئ العامة للقانون المدنى ، إن الشفعة فى الفرض الذى نحن بصددده تنتقل إلى الورثة .

ومن ناحية الاستناد إلى الفقه الإسلامى ، نرى أن المذهب الفقهى الذى هو أقرب إلى المبادئ العامة للقانون المدنى هو المذهب الحنفى ، فهو يقول عن الشفعة إنها لإرادة ومشئقة . وهذه الإرادة أو المشئقة هى التى نعبّر عنها فى القانون بأنها رخصة أو هى المترلة الوسطى ما بين الرخصة والحق ، فهى لا تورث لا فى القانون ولا فى المذهب الحنفى . ونحن نأخذ هنا بالمذهب الحنفى لا لأنه هو المذهب الواجب الأخذ به فى الفقه الإسلامى ، فنحن نسلم بجواز الأخذ بأى مذهب وبأى قول فى الفقه الإسلامى فى المسائل المالية ، ما دام هذا المذهب أو هذا القول هو الذى ينسجم مع مبادئ القانون المدنى . وقد رأينا أن المذهب الحنفى هو الذى ينسجم مع مبادئ القانون المدنى فى هذه

(١) أنظر آتيا ص ٤٤٩ هامش ١ .

(٢) ومن أجل ذلك لا ينتقل إلى الورثة حق مورثهم فى قبول الإيجاب الموجه إليه إذا كان هذا الإيجاب غير ملزم وكان من وجه إلى الإيجاب قد مات قبل أن يقبل الإيجاب . فهناك أيضا يكون الحق فى القبول هو مترلة وسطى ما بين الرخصة والحق ، وليس بحق كامل ، ومن ثم لا ينتقل إلى الورثة .

المسألة ، ومن أجل ذلك نأخذ به . ثم إنه من المقرر في الفقه الإسلامي ، وهو مقرر أيضا في القانون نقلا عن الفقه الإسلامي ، أن الشفع يجب أن يكون مالكا للعقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه ، وأن يبقى هذا الملك متصلا من وقت البيع إلى وقت الأخذ بالشفعة . فإذا مات الشفع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل الأخذ بالشفعة ، فإن ورثة الشفع لا يستطيعون الأخذ بالشفعة باعتبارهم ورثة ، إذ لم يخلف لهم مورثهم إلا إرادة ومشيئة متصلة بشخصه ، وهذه لا تورث (١) . وهم لا يستطيعون أيضا الأخذ بالشفعة أصلاء عن أنفسهم باعتبارهم ملاكا للعقار المشفوع به الذي انتقلت ملكيته إليهم من مورثهم ، وذلك لأنهم كانوا لا يملكون العقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه ، فملكيتهم غير متصلة . ويعبر الزيلعي عن هذا المعنى في عبارات جلية إذ يقول : « . . . بخلاف الشفعة لأنها مجرد الرأي والمشيئة ، ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها ، وكذا لا يمكن إرثها . ولأن الشفع يزول ملكه بالموت عن داره التي يشفع بها ، ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع . وقيام ملك الشفع في التي يشفع بها من وقت البيع إلى الأخذ بالشفعة شرط ، ولم يوجد في حق الميت وقت الأخذ ، ولا في حق الوارث وقت البيع . فبطلت ، لأنها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ، ولا بالملك الزائل وقت الأخذ » (٢) . ودع عنك ، بعد كل هذا ، أن القول بعدم انتقال الشفعة إلى الورثة هو القول الذي يتفق مع فكرة التضييق في حق الشفعة ، وهي الفكرة التي سادت نصوص الشفعة في التقنين المدني الجديد .

بقى أن نستعرض في إيجاز موقف محكمة النقض فيما ذهبت إليه من انتقال الشفعة بالميراث . فهي في حكمها الأول الصادر في ٨ يونيو سنة ١٩٣٩ قد أقرت في الاستناد إلى الفقه الإسلامي ، واستخلصت من هذا الفقه رأيا راجعا أسندته إلى المالكية والشافعية والإسناد هنا صحيح ، وإلى الحنابلة

(١) ويشبه ذلك حق التوفيز عن الضرر الأدبي ، فهو أيضا متصل بشخص المضرور . ومن أجل ذلك لا يورث ، إلا إذا تحدد بموجب اتفاق أو طالب الدائنه أمام القضاء (م ١/٢٢٢ مدني) .

(٢) الزيلعي جزء ٥ ص ٢٥٧ - ص ٢٥٨ - وانظر آنفا قوله كاملا في ص ٤٦٢

والإستاد هنا محل للنظر فقد أوردنا فيها قدمناه المذهب الحنبلى وهو أقرب إلى المذهب الحنفى^(١) . واستخلاص رأى راجع فى الفقه الإسلامى يقول بتوارث حق الشفعة على النحو الذى ذهبت إليه محكمة النقض هو أيضا محل للنظر ، فقد قدمنا أنه لا يمكن ترجيح رأى على رأى على وجه جازم ، وأن الحنفية والحنبلة وكثيرا من الأئمة المجتهدين من غير المذاهب الأربعة يقولون بعدم انتقال الشفعة بالميراث ، وأن هذا القول هو الأقرب إلى الرجحان. ولم يستوقف محكمة النقض هذا التمييز الدقيق بين خيار وخيار الذى ورد فى المذهب الحنفى ، وهو من التمييزات المنطقية المحككة التى اشتهر بها هذا المذهب . وقد أحسنت محكمتنا العليا التعبير عنه ، وإن كانت لم تأخذ به ، حين تقول : « فابو حنيفة وأصحابه يذهبون إلى أن الوارث يكون له ما كان للمورث من الخيارات فى خيار العيب وخيار فوات الوصف المرغوب فيه وخيار التعيين وخيارات أخرى ، لا على اعتبار أن الذى ينتقل إلى الورثة هو حق من الحقوق ، بل على اعتبار أن المنتقل إليهم عين التصقت بها حقوق . ففى خيار العيب وخيار فوات الوصف ، السبب الحامل على الخيار قائم بالعين بعد موت المورث كما كان قائما قبله . أما خيار الشفعة ، فليس متعلقا بالعين المشفوع فيها ولاصقا بها ، بل هو راجع لمحض إرادة الشفيع إن شاء أخذ وإن شاء ترك ، فهو لا ينتقل إلى الوارث لأنه ليس بمال ولا فى معنى المال . وإذا كانت محكمة النقض قد أفرطت فى الاستناد إلى الفقه الإسلامى فى حكمها الأول ، فهى فى حكمها الثانى الصادر فى ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ قد فرطت فى الاستناد إلى هذا الفقه ، إذ تقول : « فكون الشريعة الإسلامية هى مصدر تشريع الشفعة لا يوجب النقيض بآراء أئمتها عند البحث فى هل ينتقل حق الشفعة بالإرث أو لا ينتقل »^(٢) . وعند المحكمة أن « الاستشفاع . . توافرت فيه

(١) أنظر آفد ص ٤٦١ .

(٢) ووجه التفریط هنا أن محكمة النقض تكاد تعلن أنها لا تتعد بالفقه الإسلامى فى مسألة من مسائل الشفعة ، تضاربت فيها التصوص فى المشروع التمهيدى والمشروع النهائى لموضوع الشفعة ، واختلقت فيها المحاكم اختلاف بينا ، وزغرت مذاهب الفقه الإسلامى فيما أوردته من أقوال فى شأنها . وليس ثمة شك فى أن الفقه الإسلامى هو المصدر الذى استقى منه المشرع المصرى نصوص الشفعة ، فوجب الرجوع إليه فى تفسير ما غضض من هذه النصوص وفى استكمال =

عناصر المالية . . وجب اعتباره مالا . . وتستدل على ذلك بأحكام القانون الوضعي الذي جعل إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة وتسجيل هذا الإعلان حجة على الغير ، وجعل أن كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائتوه وكل حق عيني قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده بعد تاريخ التسجيل المذكور لا يسرى على الشفيع . . وتستخلص محكمة النقض من ذلك أنه لا يمكن القول : بأن حق الشفعة حق متصل بشخص الشفيع ولا تعلق له بالمال . . ولا توجد علاقة ظاهرة بين ما تقدمت به المحكمة من أدلة وبين ما انتهت إليه من نتيجة . ثم إنه لا يوجد تعارض بين أن تكون الشفعة حقاً متصلاً بشخص الشفيع وأن تكون متعلقة بالمال ، فكثير من الحقوق التي تتصل بشخص الدائن يمكن أن تتعلق بالمال ، كحق النفقة وحق التصويض عن الضرر الأدبي . وأخيراً يؤخذ على قول محكمة النقض إن الاستشفاع وهو الحق في الأخذ بالشفعة يجب اعتباره مالا ، أن الفرق بين الاستشفاع والمال هو الفرق بين السبب والمسبب ، فالاستشفاع إنما هو سبب لكسب المال وليس بمال . ومن أجل ذلك لا ينتقل الاستشفاع . كما ينتقل المال ، إلى الوارث ، لأنه سبب متروك إلى إرادة الشفيع ومتصل بشخصه .

كما نقض منها . هذا إلى أن المادة الأولى من التقنين المدني ، عندما تمدد مصادر القانون التي تستق منها الأحكام مباشرة ، تذكر بعد النصوص التشريعية والعرف مبادئ الشريعة الإسلامية . فمبادئ الفقه الإسلامي أصبحت ، بموجب هذا النص ، من بين المصادر التي يستق منها مباشرة القانون الوضعي . وليس أول من نظام الشفعة ، بين النظم القانونية التي اشتتل عليها التقنين المدني ، بالرجوع فيه إلى مبادئ الفقه الإسلامي . ولا ننتقد في الرجوع إلى هذه المبادئ بمذهب دون مذهب ، بل نختار من مذاهب الفقه الإسلامي ومن أقوالها ما هو أكثر ملاءمة لحاجات العصر ، وأشد انسجاماً مع المبادئ العامة التي تسود التقنين المدني .

ويلاحظ مع ذلك أن التكييف القانوني للتصرف تتبع فيه مبادئ القانون المدني دون مبادئ الفقه الإسلامي . مثل ذلك أن الشفعة لا تجوز إلا في بيع العقار . فتكييف التصرف بأنه بيع تتبع فيه مبادئ القانون المدني ولو خالفت مبادئ الفقه الإسلامي ، فلا تندرج المقايضة ضمن البيع تبعاً لمبادئ القانون المدني وإن كانت تندرج تبعاً لمبادئ الفقه الإسلامي . وكذلك تكييف المال بأنه عقار تتبع فيه مبادئ القانون المدني ولو خالفت مبادئ الفقه الإسلامي ، فالبناء يعتبر عقاراً ولو أنه في بعض المذاهب الإسلامية يعتبر منقولاً . ثم إن تكييف البيع بأنه باطل أو قابل للإبطال أو صحيح ، أو أنه ملق على شرط واجب أو على شرط فاسخ ونحو ذلك ، تتبع فيه مبادئ القانون المدني ، دون مبادئ الفقه الإسلامي . من تقسيم البيع إلى باطل وقاسد وموقوف ونافذ ولازم .

١٦٤ - التشريعات المتعاقبة في الشفعة - أنصار الشفعة ومقصودها -

التعقيب في حق الشفعة في التقنين المرئي الجدير : كانت أحكام الفقه الإسلامي في الشفعة هي المعمول بها قبل صدور التقنين المدني المختلط ثم التقنين المدني الوطني السابق . ولما صدر هذان التقنينان اشتمل كل منهما على نصوص في الشفعة هي تقنين لأحكام الفقه الإسلامي . صدر التقنين المدني المختلط أولاً ، فاشتمل على المواد ٩٣ - ١٠١ والمادتين ٥٦٢ - ٥٦٣ تقرر حق الشفعة وتنظم هذا الحق . فجعلت الشفعة في العقار (م ٩٣ - ١٠١) ، وكذلك في المنقول حيث أضيفت الشفعة إلى حق الاسترداد (م ٥٦٢ - ٥٦٣) . كما جعلت « لمن أعار أرضه لإنسان وأذن له بالبناء أو الغرس فيها حق الشفعة ، إذا دفع الثمن المطلوب البيع به ولو قبل انقضاء مدة العارية » (م ٩٣) ، فيشفع صاحب الأرض في البناء أو الغرس إذا باعه صاحبه . ثم جعلت الشفعة للشريك في العقار الشائع ، ثم للجار . « وفي كل الأحوال يجب على من له حق الشفعة أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في العقار المبيع في ظرف أربع وعشرين ساعة من وقت التكليف الرسمي الحاصل له بابتداء رغبته ، ويزاد عليها مسافة الطريق ، وإلا سقط حقه » (م ١٠١) . ثم صدر التقنين المدني الوطني ، فاشتمل على المواد ٦٨ - ٧٥ تقرر حق الشفعة في العقار ، أما حق استرداد الحصصة الشافعة فقد جعل في العقار والمنقول (م ٤٦٢) . وأحكام الشفعة في التقنين المدني الوطني تماثل ، فيما عدا فروقا قليلة ، أحكام الشفعة في التقنين المدني المختلط . ومن هذه الفروق ما نصت عليه المادة ٧٥ من التقنين المدني الوطني من أنه « يجب على من له حق الشفعة ، ويرغب الأخذ بها ، أن يبين رغبته في ذلك بتقرير يقدمه لقلم كتاب المحكمة التابعة لها الجهة الكائن فيها العقار ، في ظرف خمسة عشر يوما بالأكثر من بعد تكميله رسمياً بمعرفة المشتري بابتداء رغبته ، وإلا سقط حقه ، ويزاد على هذا الميعاد مسافة الطريق » .

وقد أظهر العمل أن هذه النصوص ليست وافية ، واستدعى اقتضاها الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي ، فأدى ذلك إلى تناقض الأحكام . فصدر قانون خاص بالشفعة ، هو الأمر العالي الصادر في ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ بالنسبة إلى القضاء المختلط ، والأمر العالي الصادر في ٢٣ مارس سنة ١٩٠١

بالنسبة إلى القضاء الوطنى . وبذلك انفصل قانون الشفعة عن التقنين المدنى ،
والألفى هذا القانون النصوص السابق الإشارة إليها فى التقنين المدنى . وهذا هو
قانون الشفعة السابق ، الذى استمدت منه نصوص الشفعة فى التقنين المدنى
الحديث ، بعد أن أعيدت هذه النصوص إلى مكانها الطبيعى فى التقنين المدنى .
وقد جعل قانون الشفعة السابق الشفعة فى العقار للشريك فى العقار الشائع أولا ،
ثم للجار المالك فى أحوال معينة . واعتبر شريكا فى العقار المشفوع فيه من
يكون له حق الانتفاع فيه كله أو بعضه ، وله طلب الشفعة إذا لم يطلبها مالك
الرقبة نفسه . ويسقط حق الشفعة إذا لم يظهر الشفيع رغبته فى الأخذ بها فى ظرف
خمس عشرة يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بأبداء رغبته ،
ويجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشتري طلبه لها كتابة
على يد محضر ، ويكون هذا الإعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب
دفعها قانونا . وترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري ، والحكم الذى يصدر
نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء
نفسها . ويحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته ،
فاذا ظهر أن العقار المشفوع فيه مستحق للغير فليس للشفيع أن يرجع إلا على
البائع ، ولكن ليس للشفيع أن ينتفع بالأجل الممنوح للمشتري فى دفع الثمن
إلا برضاء البائع . وقد كان قانون الشفعة السابق أو فى كثير مما سبقه من
النصوص التى وردت فى التقنين الوطنى والمختلط ، وعالج كثيرا من وجوه
النقص فى هذه النصوص .

وعند إعداد المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ، لم يعدل المشروع
فى النصوص التى كانت لجنة الأستاذ كامل صدقى قد وضعتها فى شأن الشفعة
مستمدة إياها من قانون الشفعة السابق كما قدمنا . بل بقيت هذه النصوص
كما هى مع تعديل طفيف فى ترتيبها وفى بعض أحكامها . وقد استقر رأى
هذه اللجنة ، بعد مناقشات طويلة (١) ، على إبقاء الشفعة سببا لكسب الملكية .

(١) أنظر هذه المناقشات فى محضر جلسة ١٤ مايو سنة ١٩٣٧ للجنة الأستاذ كامل
صدقى . وقد انقسم الأعضاء فى الرأى ، فبعض رأى الإبقاء على الشفعة بالنسبة إلى الشريك فى
الملك والناعما بالنسبة إلى الجار ، وبعض رأى الإبقاء على الشفعة كلما كان من شأنها جمع عناصر
الملكية فى يد واحدة بعد تفتتها وتجزئتها والاعتراف بحق الشفعة لجار فى حالة وجود حق =

وقد كان للشفعة خصوم يرون وجوب إلغائها لأنها قيد خطير يرد على حرية التعاقد . ولم يعد لها ما يسوغها ، وخاصة الشفعة بسبب الحوار . غير أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد استبقى الشفعة كاملة بما فى ذلك الشفعة بسبب الحوار ، لاعتبارات تاريخية ، ولأن هذا النظام قد أصبح جزءا من التقاليد القانونية للبلاد ، هذا إلى ما للشفعة من فائدة فى جمع مانعوق من حق الملكية كضم حق الانتفاع إلى الرقبة من طريق الأخذ بالشفعة ^(١) . وعند نظر المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة ، حذفت هذه اللجنة الشفعة بسبب الحوار ، إذ هى موضع خلاف بين مذاهب الفقه الإسلامى ، ولا يقول بها إلا المذهب الحنفى مع تقييدها بشروط معينة . وعلى ذلك قدم المشروع النهائى لنصوص الشفعة إلى مجلس النواب خالية من الشفعة بسبب الحوار . فاحتدمت المناقشة فى هذا المجلس ، بين مؤيدين لإلغاء شفعة الحوار ومنادين بوجوب إرجاعها . وانتصر أخيرا رأى القائل بوجوب إرجاعها ، وأقر مجلس النواب نصوص الشفعة بعد أن أعاد إليها النص الخاص بالشفعة بسبب الحوار ^(٢) .

ـ اتفاق على الأقل . وأشار بعض الأعضاء إلى الأضرار الملازمة لنظام الشفعة من مساومات تجرى بين بعض الجيران يمكن وصفها بأنها مساومات استغلالية ، ومن أن الشفعة من الوجهة الاقتصادية سبب من أسباب تخفيض قيمة الملك ، ومن حالة عدم الاستقرار التى يستهدف لها الملاك فى أثناء قيام النزاع على الشفعة التى قد يطول أمره بضع سنين . وقال بعض الأعضاء إنه حتى لا يبقى مثير الملك حلق أو مشكوكا فيه أمداً طويلا يجب تقصير المواعيد الخاصة باستعمال حق الشفعة ، والتوسع فى حالات سقوط هذا الحق . وتلجأ على ذلك رأى بعض الأعضاء التسليم بجواز النزول مقدما عن حق الشفعة قبل ثبوته ، وإلزام الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكمة وإلا سقط حقه فيه ، والتضييق فى حالات التزام بين الشفعاء ، ومنع الشفيع من الرجوع فى الشفعة تمسقا به استعمال حقه فيها . وقد وافقت اللجنة أخيراً ، بأغلبية الآراء ، على استبقاء حق الشفعة بالنسبة إلى كل من الشريك فى الملك وماك الرقبة وصاحب حق الانتفاع ، وكذلك بالنسبة إلى الجار فى حالة وجود حق اتفاق - أنظر فى هذه المناقشات مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٩ - ص ٣٦٣ فى المامش .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٣ .

(٢) كانت لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب ، بعد أن تلقت المشروع النهائى لتقنين المدنى الجديد خلواً من الشفعة بسبب الحوار ، قد أضافت نصا يحمل حق الأخذ بالشفعة « لجبار المالك فى الأراضى الزراعية ، إذا كانت أرضه لها أو عليها بالنسبة للأرض المشفوع فيها حق اتفاق ، وكانت قيمة أرضه تساوى على الأقل نصف ثمن الأرض المشفوع فيها » . ولما عرضت نصوص الشفعة على مجلس النواب ، احتدمت المناقشة فى الشفعة بسبب الحوار .ـ

وفي لجنة مجلس الشيوخ ، اقترح أحد الأعضاء إلغاء شفعة الجوار ، وعدم

وافتح المناقشة أحد الأعضاء مطالب بإعادة الشفعة بسبب الجوار كما كانت في قانون الشفعة السابق ، وقال في هذا الصدد : « نحن بلد شرقي له عاداته وتقاليده ، وكنت أثنى أن الحكومة ستعمل في مشروعها الجديد على رفع القيود الواردة في القانون الحالي ، فتوسع نطاق حق الشفعة لأن تصفيقه ، حتى يصبح من حق الجار أن يشتري العقار بطريق الشفعة إما دفعا لضرر كما قلت ، وإما لتمكين الجار من شراء الأراضي المتداخلة في أرضه ، فيتحقق ما نسبوا إليه من استواء الأراضي وحسن تقسيمها » . فرد أحد الأعضاء قائلا : « الواقع أن حق الشفعة بالنسبة للجار في الشريعة من المسائل الخلافية التي فيها رأيان ، رأي راجح ورأي مرجوح . فلما رأى المرجوح فهو رأي الإمام أبي حنيفة الذي يرى وحده دون الأئمة الثلاثة جواز الشفعة للجار... أما بنى الأئمة فهم لا يجيزون هذا النوع من الشفعة ... بل رأوا أن المصلحة في أن يكون كل من المالكين حراً في أن يبيع لمن يشاء جارا أو لغيره .. هذا فيما يتعلق بالشريعة . أما فيما يتعلق بالموضوع فلست أدرى ما هي الملة التي تحملنا على أن نبيع ما يراه زميل المهترم . ولكني أزيد المسألة وضوحاً وأضرب لكم مثلا ... هبوا أن ... يملك في أسبوط ٩٩٩ فدانا وأملك أنا بجواره فدانا واحداً ... وأردت أن أرحل من أسبوط إلى القاهرة . ولكن لي ... قريبا يملك فدانا واحداً كذلك ، ولسو حظ له لم يكن فدانه ملاصقا لفداني . فلما عزمت أن أبيع له فداني ، جاء .. وقال إن فدانيك ملاصق لأرضي وأريد أن امتلكه حتى يصبح عندي ألت فداني (أي رقم دائري) . فريد أن يجبرني محتجا بالشفعة على أن يأخذ مني هذا الفدان دون أخى أو قريبى » . وأضاف أحد الأعضاء قائلا : « أضيف إلى مقالته زميل أنه أكثر الذين تناولوا مواد الشفعة من رجال قانون يعتبرون أنها حق مكروه كالطلاق . أما سوء الجوار الفنى يقول به زميل .. فقد انتهى أمره ، لأن الناس كانوا قلة في الماضي ، وكان يمكن أن يؤذى الجار جاره . أما في الوقت الحاضر فقد زاد العمران وزاد عدد السكان ، وأصبح الإنسان لا يعرف جاره . ثم عارض أحد الأعضاء قائلا : « إن حق الشفعة كان معروفا في مصر من زمن بعيد ، وأريد تقييده ، فصدر قانون بذلك سنة ١٩٠١ اشترط لثبوت حق الشفعة الجوار من حديق ، ومنها في البيع للأخ أو الأب أو الابن أو القريب من الدرجة الثانية أو الزوجين .. أما القول اليوم بمنع الشفعة إطلاقاً على أساس القول بحرية التعاقد ، فكلام بعيد عن الحقيقة » . فرد أحد الأعضاء : « الواقع أن الجار القوي لا يشتري إلا بأجنس الأثمان ، وهذا هو الذي يلجئ الجار الضعيف تحت سيف التهديد بحق الشفعة من الجار القوي إلى الاحتيال على القانون برفع الثمن . ومن ثم يأتي الجار القوي .. ويطلب بحق الشفعة فتشأ المنازعة وتعرض القضايا .. نحن الآن أمام مشكلة الملكيات الكبيرة ونريد أن نقضى عليها قضاء مبرما ، لأن عهد العبودية والاستعباد الأرضي يجب أن يزول » . فساد المضو المعارض معارضة قائلا : « تساءلت عن الحكمة التي حدثت بالحكومة واللجنة إلى هذا التقييد ، وطالبت بإيضاح المبرر له » ، فتكلم .. وتحدث عن الملكية الكبيرة وأن الشفعة تحد من هذه الملكية . لا يأسى لم يقل أحد بذلك . فحين يصدر تشريع عام لا تشريع يتعلق بالملكية الكبيرة أو الصغيرة .. إذا أردتم تعديلا في التشريع فبينوا السبب الذي يبرر هذا التشريع ، وإذا أردتم الحد من الملكية الكبيرة فخذوا منها ما شئتم .. حلوا من الرأسالية وحاربوها ، لئلا الله عليها وعلى من يحبها ، إنما نحن بصدد تشريع ، والتشريع لا بد له من مبرر ، والحكومة ومن تكلموا لم يذكروا أى مبرر يصح أن يتخذ سببا لهذا التعديل .. »

الأخذ بتعديل مجلس النواب ، خصوصا وأن الحوار أصبح لا يعتد به الآن ، وقد لا يعرف الجار جاره ، وأن التوسع في الأخذ بالشفعة يتنافى الشعور السائد في منع تكتل الملكية . ولكن اللجنة ، بأغلبية الآراء ، أقرت شفعة الحوار ، ووافقت على المشروع بالتعديل الذي أدخله مجلس النواب ^(١) . وعلى ذلك أقر المشروع في مجلس الشيوخ على الوجه الذي استقر عليه في التقتين المدني والحديد ، شاملا لشفعة الحوار ، ومستحدثا في قانون الشفعة السابق لبعض أحكام تفصيلية منعرض لها في مواضعها .

ومهما يكن من أمر استبقاء الشفعة سببا لكسب الملكية ، ومن أمر الاحتفاظ فيها بشفعة الحوار ، فقد شاحت في نصوص التقتين المدني والحديد في الشفعة روح التضييق من هذا الحق . وتظهر هذه الروح جلية في تعديلات استحدثتها التقتين المدني والحديد ، نذكر منها ما يأتي :

١ - أهم تعديل استحدثته التقتين المدني والحديد ، للتضييق من حق الأخذ بالشفعة ، هو التعديل القاضي بوجوب إيداع الشفيع خزانة المحكمة « كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة ، فان لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة » (م ٢/٩٤٢ مدني) . ولم يكن قانون الشفعة السابق يوجب هذا الإيداع ، بل كان يقتصر على النص على أن يكون إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة « مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانونا » (م ١/١٤ من قانون الشفعة السابق) . فلم يكن عرض الثمن عرضا حقيقيا محميا ، بله الإيداع في خزانة المحكمة ، بل كان يكفي أن يبدى الشفيع استعداده لدفع الثمن وملحقاته في صحيفة دعوى الشفعة . فوضع التقتين المدني والحديد ، بإجابه إيداع الثمن خزانة المحكمة ، حدا لدعوى الشفعة غير الجدية التي يقصد بها في الغالب فتح المجال للمضاربة عن طريق تهديد المشتري حتى يضطر إلى مساومة الشفيع على ترك دعوى الشفعة لقاء مبلغ من المال . لا سيما إذا لوحظ

« وانتهت المناقشة بأن وافق مجلس النواب على اقتراح قدمه أحد الأعضاء يقضى بإعادة الشفعة بسبب الحوار كما كانت عليه في قانون الشفعة السابق - أنظر في هذه المناقشات مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٧٣ - ص ٣٨٤ في الهامش .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٨٤ - ص ٣٨٥ .

أن الشفع لم يكن ملزماً في قانون الشفعة السابق ، كما هو ملزم في التقنين المدني الجديد (م ٩٤٣ مدني) ، بقيد الدعوى في ميعاد معين . فكان يكفي بإعلان صحيفتها دون أن يقبدها ، ثم يفتح الباب لمساومة المشتري . وهكذا ضيق التقنين المدني الجديد بهذا الحكم أشد التضييق من حق الشفعة . إذ أصبح واجباً على الشفع أن يودع خزنة المحكمة كل الثمن قبل رفع دعوى الشفعة : وليس هذا بالأمر اليسير في كثير من الأحوال .

٢ - أجاز التقنين المدني الجديد نزول الشفع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع (م ٩٤٨ مدني) ، فهد بذلك السبيل للمشتري في أن يحصل على نزول الشفع عن الشفعة مقدماً قبل أن يقدم على الشراء ، وذلك حتى يطمئن إلى مصير الصفقة ، وقد سبق بيان ذلك^(١) . أما قانون الشفعة السابق ، فبארته الواردة في المادة ١٩ (أولاً) منه تفيد أنه لا يجوز النزول عن الشفعة قبل ثبوت الحق فيها ، وإن كانت محكمة النقض قد قضت ، تطبيقاً لأحكام قانون الشفعة السابق ، بأن النزول عن الشفعة جائز حتى قبل البيع^(٢) .

٣ - منع التقنين المدني الجديد الأخذ بالشفعة ، إذا وقع البيع بين الأصول والفروع ، أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة ، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية ؛ (م ٩٣٩ ب مدني) . أما قانون الشفعة السابق ، فقد كان ينص في المادة ٣ منه على أنه « . . . لا شفعة فيما بيع من الأصول لفروعهم وبالعكس . ولا فيما بيع من أحد الزوجين للآخر ، أو من المالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة » . ونرى من ذلك أن التقنين المدني الجديد قد توسع في منع الأخذ بالشفعة . فضيّق من هذا الحق ، بأن منعه في البيع بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة ولم يقتصر على الدرجة الثالثة التي اقتصر عليها قانون الشفعة السابق ، ومنعه في البيع ما بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية ولم يكن قانون الشفعة السابق يمنعه في البيع ما بين الأصهار أصلاً .

٤ - أسقط التقنين المدني الجديد الحق في الأخذ بالشفعة ، إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع^(٣) (م ٩٤٨ ب مدني) ، في حين أن

(١) أنظر آنفاً ص ٤٥٣ وما بعدها .

(٢) نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٣ ص ٦٥٨ -

وانظر آنفاً ص ٤٥٤ هامش ١

قانون الشفعة السابق في المادة ٢٢ منه كان لا يسقط الشفعة إلا « بعد مضي ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع » .

٥ - نص التقنين المدني الجديد صراحة على أنه إذا توافرت في المشتري الشروط التي كانت تجعله شفعيا ، « فانه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته » (م ٩٣٧/٣ مدني) . وقد كانت محكمة النقض ، بالتطبيق لأحكام القانون الشفعة السابق ، لا تفضل المشتري الشفع على شفع من طبقته ، فكانت تفتح بابا للأخذ بالشفعة أغلقه التقنين المدني الجديد بالنص صالف الذكر ، ومنعروض لهذه المسألة في موضعها .

هذا إلى أن تكييف التقنين المدني الجديد الشفعة تكييفاً قانونياً صحيحاً ، وتصريحه في المادة ٩٣٥ مدني بأن « الشفعة رخصة » ، ساعد على ترجيح الرأي القائل بأن الشفعة لا تنتقل بالميراث ، إذ أن الرخص لا تورث على التفصيل الذي سبق أن بسطناها (١) . وفي عدم انتقال الشفعة بالميراث تضيق في الأخذ بها ، ما دامت ورثة الشفع لا يجوز لهم الأخذ بالشفعة (٢) .

وبالرغم من هذا التضيق في الأخذ بالشفعة : فان التقنين المدني الجديد لا يزال يعتبر الجوار في حالات معينة سببا من أسباب الأخذ بها . وإذا كان من المستساغ أن يثبت للشريك في الشيوع حق الأخذ بالشفعة تغاديا من دخول أجنبي بين الشركاء ، وكان مع المستساغ أيضا أن يثبت لصاحب الرقبة

(١) أنظر آفاص ٤٥٨ وما بعدها .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع الختيمي في صدد التضيق في المشروع من حق الأخذ بالشفعة : « على أن المشروع كان قد انتهى إلى استبقاء الشفعة ، فقد عمل من ناحية أخرى على التضيق في الأخذ بها ، إذ هي قد يرد على حرية التصرف فيحسن عدم التوسع فيه . ضيق المشروع في الشفعة من ناحية الموضوع ، ومن ناحية الإجراءات . فأورد في الموضوع ثلاثة أحكام تقيد بها ، إذ جعل قرابة الحواشي المانعة من الأخذ بها تمتد إلى الدرجة الرابعة ، وأجاز أن يتنازل الشفع عن الشفعة قبل البيع . وأنقص المدة التي تسقط حق الأخذ بالشفعة إلى ثلاثة أشهر (أصبحت أربعة أشهر) من يوم تسجيل البيع . وعالج (المشروع) من ناحية الإجراءات مسألة هامة بروج التضيق في الأخذ بالشفعة ، فأوجب على الشفع أن يودع الخزينة مبلغا يساوي النصف الحقيقي الذي حصل به البيع . وقد عادت الشفعة في المشروع إلى مكانها في التقنين المدني ، بعد أن انفصلت عنه منذ صدور القانون الحالي (السابق) الخاص بالشفعة في سنتي ١٩٠٠ و ١٩٠١ » (مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ٣٤٤) .

أو لصاحب حق الانتفاع أو للمحكر أو للمستحكر أن يأخذ بالشفعة جمعا لما تفرق من شتات الملكية ، فليس من المستأخ بعد أن استدار الزمن أن يبقى للجار حق الأخذ بالشفعة . فالشفعة قيد خطير على حرية التعاقد . وعامل من عوامل عدم الاستقرار في المعاملات العقارية ، ولا يبررها إلا اعتبار أشد خطرا منها . والجوار قد أصبح في الوقت الحاضر ليس بذى خطر كما كان في الماضي ، فلم يعد يصلح مبررا للأخذ بالشفعة . بل إن الجوار ، حتى في الماضي ، لم يكن سببا من أسباب الأخذ بالشفعة في أكثر مذاهب الفقه الإسلامي . فاذا أضيف إلى ذلك أنه كثيرا ما يتخذ ذريعة لتكثيل الملكية العقارية والتوسع في تملك الأراضي والمباني المجاورة على حساب صغار الملاك وذوى الحاجة منهم ، تبين أنه كان من الصواب الوقوف عند المشروع الضاهى للتقنين المدني الجديد الذى أقرته لجنة المراجعة ، وقد حذف فيه الجوار سببا للأخذ بالشفعة على النحو الذى ذكرناه فيما تقدم .

وبعد هذه النظرة التهديدية في الشفعة ، نتناول أحكامها في مباحث ثلاثة :
 (١) شروط الأخذ بالشفعة . (٢) كيفية الأخذ بالشفعة . (٣) آثار الأخذ بالشفعة .

المبحث الأول

شروط الأخذ بالشفعة

١٦٥ - **مقدمة شروط الأخذ بالشفعة** : تتلخص هذه الشروط في

أمرين : (١) بيع عقار . (٢) وجود شفيع .

المطلب الأول

بيع عقار

١٦٦ - **مسأله** : تعرض هنا لمسألتين : (١) بيع العقار الأصل فيه

جواز الأخذ بالشفعة . (٢) ومع ذلك هناك بيع عقارية لا يجوز فيها الأخذ بالشفعة .

١٦٧ - ما يستعمل عليه بيع العقار من مسائل : إذا بيع عقار ، انفتح باب الشفعة . والأصل جواز أن يؤخذ هذا العقار بالشفعة ، إذا وجد شفيع وتوافرت سائر شروط الشفعة . والمفروض أن يكون هناك عقار ، وقد ورد عليه عقد البيع .

فالشفعة لا تكون إلا في العقار ، أما المنقول فيرد عليه حق الاسترداد دون حق الشفعة . ثم إن الشفعة غير قابلة للتجزئة ، فلا تجوز تجزئة العقار أو العقارات المباعة عند الأخذ بالشفعة ، وذلك حتى لا تتجزأ الصفقة .

ثم يجب أن يرد على العقار عقد البيع ، فهذا العقد هو التصرف الوحيد الذي يجوز فيه الأخذ بالشفعة ، وأي عقد آخر ولو كان ناقلاً للملكية لا يجوز فيه الشفعة . ولا يشترط في البيع ، حتى يصح الأخذ بالشفعة ، أن يكون مسجلاً . وقد تتوالى البيوع على العقار الواحد ، فيثار التساؤل في أيها يجوز الأخذ بالشفعة .

فهذه جملة من المسائل . نستعرضها متعاقبة على الترتيب الآتي : (١) لاشفعة في المنقول . (٢) الشفعة غير قابلة للتجزئة . (٣) لا تجوز الشفعة إلا في عقد البيع . (٤) جواز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل . (٥) الأخذ بالشفعة عند توالى البيوع .

١٦٨ - لا شفعة في المنقول : الشفعة لا تكون إلا في العقار ، ولا شفعة في المنقول . وإنما يرد على المنقول حق الاسترداد : لا حق الشفعة . وقد سبق أن بسطنا القول في حق الاسترداد في الجزء الثامن من الوسيط عند الكلام في الملكية الشائعة ، وبيننا أن حق الاسترداد يثبت في المنقول الشائع إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة في هذا المنقول لأجنبي بطريق الممارسة . ولحق الاسترداد قواعد ومواعيد وإجراءات تختلف عن قواعد الشفعة ومواعيدها وإجراءاتها ، وهذا الحق مستمد من القانون الفرنسي في حين أن الشفعة مستمدة من الفقه الإسلامي . على أن طبيعة حق الاسترداد هي نفس طبيعة حق الشفعة ، وليست الشفعة إلا حق استرداد يثبت في العقار في أحوال خاصة وبشروط (٢١)

معينة . أما شروط حق الاسترداد فهي تنحصر ، على ماسبق أن بينا (١) ، في أن يصدر بيع من أحد الشركاء في مجموع من المال أو في منقول معين بالذات ، وأن يرد هذا البيع على حصة شائعة ، وأن يصدر البيع إلى أجنبي عن الشركاء ، وأن يكون المسترد هو أحد الشركاء (م ٨٣٣ مدني) . ويجب طلب الاسترداد قبل القسمة ، في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علم الشريك المسترد بالبيع أو من تاريخ إعلانه به ، وإجراءات الاسترداد ليست من التعقيد بالقدر الذي عليه إجراءات الشفعة ، وهي إجراءات تتلاءم مع طبيعة المنقول .

وعلى ذلك لا ترد الشفعة في بيع حصة شائعة في السفينة ، لأن السفينة منقول ، والذي يرد هو حق الاسترداد (٢) . كذلك لا ترد الشفعة في المنقول بحسب المال ، كبيع بناء للهدم أو غراس للقلع ، فلا يشفع في هذا البناء أو الغراس شريك أو جار . أما بيع البناء على سبيل القرار ولكن استقلالاً عن الأرض . كبيع المختكر للبناء الذي أقامه على الأرض المحكرة أو بيع صاحب الطابق الأعلى من منزل لا يملك طابقه الأسفل ، فهو يبيع عقار لا يبيع منقول . ومن ثم يجوز للشريك المشتاع وللجار الملاصق للبناء المبيع أخذ هذا البناء بالشفعة ، إذا توافرت فيه سائر الشروط (٣) .

والعقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته رصد على خدمة العقار أو استغلاله ، فإذا بيع مستقلاً عن العقار الذي رصد لخدمته أو استغلاله فالبيع يبيع منقول . ولا يجوز الأخذ فيه بالشفعة . أما إذا بيع مع هذا العقار ، فانه يجوز أخذه بالشفعة تبعاً للعقار . وعلى ذلك إذا بيعت مزرعة بما فيها من

(١) الوسيط ٨ فقرة ٥١٦ .

(٢) وعند مالك ، دون المذاهب الأخرى ، يجوز الشفعة في السفينة لأنها أعدت كالعقار لتكون مسكنًا .

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٤ ص ٢١٣ - محمد علي عرق ٢ فقرة ٢٥٤ ص ٤٤١ - وعند الحنفية يبيع البناء أو الشجر استقلالاً عن الأرض هو يبيع منقول ، أما إذا بيع مع الأرض فيجوز أخذه بالشفعة تبعاً للأرض . وقد جاء في المادة ٢٠٩ من مرشد الحيران في هذا الصدد : « لاشفعة في البناء والشجر المبيع قصداً يعلو الأرض القائم عليها ، فإذا بيع البناء تبعاً للأرض ثبتت فيه الشفعة » . أما المالكية فيعتبرون البناء عقاراً ، فتثبت فيه الشفعة حتى لو بيع استقلالاً عن الأرض .

مواش وآلات رى ونحوها مما يعد عقارا بالتخصيص ، فان الشفعة تثبت في المزرعة وما تشتمل عليها من المواشى وآلات الرى وغيرها من العقارات بالتخصيص . أما إذا فصلت المواشى أو آلات الرى عن الأرض وبيعت مستقلة ، فان الشفعة لا تثبت إذ البيع يكون في هذه الحالة بيع منقول (١)

١٦٩ - الشفعة غير قابضة للتجزئة : معنى أن الشفعة غير قابلة للتجزئة أنه لا يجوز الشفع أن يأخذ بالشفعة . في صفقة واحدة ، بعض المبيع دون بعض ، وذلك حتى لا تنفرق الصفقة على المشتري فيضار بذلك . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٣٥ مدنى ينص على هذا الحكم صراحة ، إذ كان هذا النص يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « والحق في الشفعة لا ينتقل بالحوالة . وإنما ينتقل بالميراث ، وهو حق لا يتجزأ في استعماله » . واجتازت هذه الفقرة المراحل التشريعية حتى وصلت إلى لجنة مجلس الشيوخ . بعد أن عدلت في لجنة المراجعة بما يجعل الشفعة لا تنتقل بالميراث على ما مر بيانه (٢) . ودار نقاش في لجنة مجلس الشيوخ حول توريث حق الشفعة وتجزئته ، ثم استقر رأى اللجنة على حذف الفقرة كلها من المشروع « وترك حكمها لاجتهاد القضاء » (٣) . والقضاء مضطرد على عدم جواز تجزئة الشفعة ، وهذا هو الحكم أيضا في الفقه الإسلامى (٤) .

وتأصيل المسألة أنه إذا تعددت الصفقة ، جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٧٥ ص ٣٧٠ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٥٦ - شفيق شحاتة فقرة ٢٥٩ - إسحاق غلم ص ٨٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٠ ص ٤٦٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٢ - حسن كيرة ص ١٢ .

(٢) أنظر آنفا ص ٤٤٥ هامش ١ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٥٦ .

(٤) وقد نصت المادة ١١٣٥ مدنى عراقى على أن « الشفعة لا تقبل التجزئة ، فليس للشفيع أن يطلب بالشفعة بعض العقار المشفوع ويترك بعضه . لكن إذا تعدد المشترى واتحد البائع ، فالشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ولو كان شائعا ويترك الباقي » . ونصت المادة ٢٤٥ من قانون الملكية العقارية الليبانى (المدة بقانون د شياط سنة ١٩٤٨) على أن « حق الشفعة لا يتجزأ . فلا يجوز استعماله أو إسقاطه إلا بكامله . فإذا تعدد الشفعاء المتساوون في الفقة ، وأسقط أحدهم أو بعضهم حقه في الشفعة ، وجب على الباقين طلب الشفعة أو إسقاطها بكاملها . أما إذا تعدد المشترى فالشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم فقط » .

في بعض الصفقات دون بعض إذا توافرت شروط الشفعة فيما يأخذ بالشفعة فيه : ولا يكون هذا تجزئة للشفعة (١) . فإذا باع المالك عقاراً واحداً لمشتريين متعددين في صفقات متعددة ، بأن اشترى كل من المشتريين جزءاً مفرزاً من العقار بثمان مسمى ، ولو انتظم عقد واحد لكل هذه الصفقات ، وكان للعقار جار توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، كان لهذا الجار أن يأخذ بالشفعة في جميع الصفقات فيستولى على كل العقار . وكان له أيضاً أن يأخذ بالشفعة في بعض الصفقات دون بعض إذ هو لم يفرق الصفقات فقد كانت مفرقة من الأصل (٢) . وكذلك إذا باع المالك عقارات متعددة ولو لمشتري

(١) استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٤٢ ص ١٩٠ - الإسكندرية الكلية الوطنية ١١ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٣١ ص ٥٥٤ .

(٢) فإذا طلب الشفعين جزءاً مفرزاً من هذه الأجزاء ، وجب أن تتوافر في هذا الجزء شروط الأخذ بالشفعة ، بأن يكون مثلاً ملاصقاً للأرض المشفوع بها من حدين وتكون قيمة الأرض المشفوع بها لا تقل عن نصف قيمة هذا الجزء . ويستطيع الشفعين بعد ذلك أن يشفع في أي جزء مفرز آخر من العقار إذا كان متصلاً بالجزء المفروز الذي شفع فيه أولاً ، حتى لو لم تتوافر شروط الشفعة في هذا الجزء الآخر بأن يكون مثلاً غير ملاصق للأرض المشفوع بها إلا من حد واحد أو غير ملاصق لها أصلاً . ولكن لا يستطيع أن يشفع في جزء مفرز لا تتوافر فيه شروط الأخذ بالشفعة ، إذا كان هذا الجزء غير متصل بجزء تتوافر فيه هذه الشروط ويكون الشفعين قد أخذوا بالشفعة . وقد قضى في هذا المعنى بأنه إذا كان سبب الأخذ بالشفعة الجوار من جهتين ، وجب أن يكون كذلك بالنسبة إلى الحصص التي يطلب أخذها بالشفعة في مجموعها . فلا يصح له مثلاً أن يأخذ الحصة البعيدة عنه التي لا يكون له بها اتصال أو التي لا يكون له بها اتصال إلا من جهة واحدة ، دون أن يأخذ الحصة المتصلة بها والمجاورة للملكة من الجهتين . ولكن يكفي أن يطلب الحصة المجاورة له من الجهتين وما يتصل بها من الحصص الأخرى ، ولو كان بعض هذه الحصص غير متوافر فيه في ذاته شرط الجوار للملك الشفعين من الجهتين . وذلك لأن إباحة أخذ العقار بتمامه بالشفعة أرى حصص منه تدل على أن المشتري في نظر القانون هو كلية العقار أركلية مجموعة الحصص المطلوب أخذها منه ، بحيث أن هذه المجموعة المتصلة أجزاؤها بعضها ببعض تعتبر كلاً واحداً متى تحقق الجوار من جهتين في بعضه سرى ذلك إلى باقيه . والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى نتيجة غير مقبولة ، وهي أنه في مثل هذه الحالة يكون تشفعين أن يأخذ العقار بتمامه ولكنه لا يستطيع أن يأخذ من الحصص إلا كل حصة تكون بذاتها مجاورة له من الجهتين . وقد لاحظ المقتضى في ذلك أن العقار كل قد يتضرر الشفعين من جميع من ينتقل إليهم بالبيع بحصص مفروزة لكل منهم أو من بعضهم ، فأباح له أن يأخذ الكل بالشفعة ، أو أن يأخذ البعض بقدر ما يرى فيه إبعاد الضرر عنه . وقد يكون ذلك متحققاً في عدد من جيرانه الجديدين ، فإن اضطر لأخذ الشفعة من بعضهم دون بعض فانه يبقى جاراً ملاصقاً أيضاً لهذا البعض الباقي فلا يدفع عن نفسه أذى جواره . لذلك حمل له القانون الحق في أن يأخذ بالشفعة من الحصص بقدر ما يشاء ، تحت شرط أن يكون سبب الأخذ بالشفعة متوافراً في بعضها ويكون باقيها متصلاً بها (طنطا الكلية ١٦ يونيو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٤٣ ص ٥١) .

واحد ، في صفقات متفرقة ، كان الشفيع أن يأخذ بالشفعة ، إذا توافرت شروطها ، في بعض الصفقات دون بعض . وليس في هذا تجزئة للشفعة ، فإن الصفقات كانت من الأصل متفرقة (١) .

أما إذا كانت الصفقة واحدة ، فانه لا يجوز للشفيع أن يفرقها بأن يأخذ بالشفعة في بعض الصفقة دون أن يأخذ الصفقة كاملة ، إذ أن ذلك يكون تجزئة للشفعة (٢) . ويمكن تصور وحدة الصفقة في فرضين : إذا باع المالك عقارا واحدا لمشتريين متعددين على الشيوع وهذا هو فرض تعدد المشتريين مع وحدة العقار المبيع (٣) ، وإذا باع المالك عقارات متعددة لمشتري واحد في صفقة واحدة وهذا هو فرض تعدد العقارات المباعة مع وحدة المشتري (٤) .

أ - ففي فرض تعدد المشتريين مع وحدة العقار المبيع ، إذا باع المالك عقارا واحدا لمشتريين متعددين على الشيوع ، لم تجز الشفعة إلا في العقار بتمامه حتى لا تتفرق الصفقة ، وهذا بخلاف ما إذا كان كل من المشتريين قد اشترى

(١) وقد يكون العقار مقسوما بين الشريكين ، فيستقل كل منهما بنصيبه مفزعا وبيع الإنسان نصيبهما المفزعين في عقد واحد ، فلا يكون للشفيع أن يأخذ بالشفعة إلا النصيب المجاور ، وليس له أن يأخذ النصيبين معا بحجة عدم التجزئة . وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بأنه إذا باع الشريكان عقارا وكان قد قسم بينهما بمقتضى حكم قبل حصول البيع بمدة ، فقد البيع يعتبر مشتلا على بيع عقارين مستقلين لكل منهما مالك خاص . وعلى ذلك فليس للشفيع الحق في الأخذ بالشفعة إلا في الجزء المجاور له ، ولا يحق له أن يأخذ جميع العقار بحجة عدم التجزئة ، لأن هذه التجزئة موجودة فعلا بسبب القسمة قبل البيع ، ولأن مبدأ عدم التجزئة إنما وضع لمصلحة المشتري وليس لمصلحة الشفيع (استئناف مصر ٤ يونه سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٤٤ ص ٣٦٩) .

(٢) وإذا كان العقار المشفوع فيه أرضا زراعية أقيم فيها بناء ، وليس للشفيع أن يقتصر في طلب الشفعة على الأرض دون البناء بدعوى أنه غير محتاج له ، كما أنه يتعين على الشفيع أن يشفع في الأرض بما تشتمل عليه من ملحقات إذا دخلت هذه الملحقات في عقد البيع (استئناف مغلط ٤ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٩١ - ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٤) .

(٣) أما إذا باع المالك عقاره لمشتري واحد ، فبدى أن الشفيع لا يستطيع أن يجزئ الصفقة فيأخذ بعض العقار دون أن يأخذ الباقي .

(٤) وهناك فرض ثالث هو أن يمتد الشفيع ، فيتعين على كل منهم أن يطلب الشفعة في كل المبيع حتى لا تتفرق الصفقة . وسنعرض لهذا الفرض عند الكلام في تمدد الشفيع وتزاحمهم ، إذ هناك هو المكان الأنسب لبحثه .

جزءاً مفرزاً من العقار في صفقة مستقلة ولو في عقد واحد مع سائر المشترين ، فقد قدمنا أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة من بعض المشترين دون بعض . وقد كانت المادة ١١ من قانون الشفعة السابق تنص صراحة على هذا الحكم إذ تقول : « إذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعاً بينهم ، فلا تجوز الشفعة إلا فيه بتمامه . أما إذا عينت في العقد حصة كل منهم مفروزة ، كان للشفيع الحق في طلب أخذه بتمامه ، أو أخذ حصة واحدة أو أكثر مع مراعاة القواعد المقررة لطلب الأخذ بالشفعة » . فالمناط في وحدة الصفقة وتعددتها يكون إذن ببيع العقار لمشتريين متعددين على الشيوع فتكون الصفقة واحدة ولا يجوز تفريقها (١) ، أو ببيع العقار أجزاء مفروزة لمشتريين متعددين لكل منهم جزء مفرز معين فتكون الصفقة متعددة ويجوز الأخذ بالشفعة في بعض الصفقات دون بعض . وإذا كانت المادة ١١ من قانون الشفعة السابق لم تنقل إلى نصوص التفتين المدني الجديد ، فإنه يصح مع ذلك الأخذ بحكمها ، إذ هو حكم لا ينحرف عن المبادئ العامة ، فضلاً عن أنه كان مطبقاً منذ زمن طويل فاستقر في عرف التعامل (٢) . وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لهذا الحكم ، بأن المادة ١١ من قانون الشفعة القديم تقضي بأنه إذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعاً بينهم ، فلا تجوز الشفعة إلا فيه بتمامه . وهذا يفيد بداهة أن الشفيع إذا رغب في استعمال حقه في أخذ كل العقار المبيع بالشفعة . وجب عليه أن يوجه الدعوى بها إلى

(١) ويشترط في ذلك بيع العقار بأكمله لمشتريين متعددين على الشيوع ، فإذا بيعت حصة شائعة من العقار لمشتريين متعددين على الشيوع ، امتنع تطبيق الفقرة الأولى من المادة ١١ من قانون الشفعة ، وجاز للشفيع الأخذ بالشفعة في نصيب أحد هؤلاء المشترين دون أنصبة الباقين ، ولا يكون في هذا تفريق لصفقة لأنها مفرقة من الأصل . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن مناط تطبيق المادة ١١ من قانون الشفعة أن يكون المبيع عقاراً بتمامه لعدة مشترين ، فإذا كان المبيع جزءاً شائعاً في عقار لعدة مشترين ، امتنع تطبيق الفقرة الأولى من المادة المذكورة ، ووجب الرجوع إلى القواعد العامة . وهي تميز الشفعة في بيع كل حصة شائعة ، متى توافرت أسباب الشفعة فيها . فإذا كان الحكم قد أميط حق الشفيع قبل أحد المشترين استناداً إلى الفقرة الأولى من المادة ١١ سالفة الذكر مع أن المبيع كان جزءاً شائعاً فإنه يكون قد خالف القانون (نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٢ ص ١٤٤) .

(٢) أنظر محمد علي حرة ٢ فقرة ٢١٦ ص ٣٨٩ .

جميع المشترين حتى تتم عملية التحويل في مواجهة جميع أطرافها . ولا يعفيه من ذلك طعنه بصورية عقد أحد هؤلاء المشترين . بحجة أن إدخاله في عقد الشراء كان إجراءً صورياً قصد به إسقاط حقه في الشفعة^(١) .

وإذا بيع عقار واحد لمشتريين متعددين على الشيوع ، وكان أحد هؤلاء المشترين من أصول البائع أو من فروعه أو من أقاربه لغاية الدرجة الرابعة أو من أصهاره لغاية الدرجة الثانية فلا يجوز الأخذ منه بالشفعة كما سيجيء . فان الشفعة تبطل بالنسبة إلى سائر المشترين . ذلك بأن الشفع يتحتم عليه في هذه الحالة أن يشفع في العقار بتمامه حتى لا تتفرق الصفقة كما قدمنا ، وهو لا يستطيع أن يشفع في حصة المشتري الذي لا يجوز الأخذ منه بالشفعة . وعلى ذلك لا يستطيع أن يشفع في العقار بتمامه ، فتسقط شفيعته بالنسبة إلى جميع المشترين^(٢) . وذلك ما لم يطعن بالصورية في عقد المشتري الذي لا يجوز الأخذ منه بالشفعة على اعتبار أنه قد أقحم بين المشترين بعقد صوري تحايلاً لمنع الأخذ بالشفعة ، فيجوز عندئذ إذا أثبت الشفع صورية هذا العقد أن يأخذ بالشفعة في كل العقار . ولكن يتعين عليه عند طلب الشفعة أن يوجه الطلب إلى المشتري الصوري . وأن يدخله خصماً في دعوى الشفعة حتى يثبت في مواجهته صورية عقده ، وبهذا قضت محكمة النقض في الحكم الذي سبق ذكره^(٣) . وقد يتحايل البائع لمنع الأخذ بالشفعة من طريق آخر ، فيكون قصده أن يبيع العقار كله لمشتري واحد أو لمشتريين متعددين على الشيوع ، ولكنه يعمد إلى فصل جزء صغير من هذا العقار هو الذي يلاصق العقار المشفوع به . فيبيعه مفرزاً بيعاً صورياً لشخص آخر ، حتى يفصل بذلك الجزء الأكبر من العقار المبيع عن العقار المشفوع به فيمنع الأخذ بالشفعة . فإذا أثبت الشفع ذلك ، كان له أن يأخذ كل العقار بالشفعة ، ويفوت على البائع غرضه غير المشروع^(٤) .

(١) نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٨ ص ٢٤٤ .

(٢) سواهج الجزئية ٢٧ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ١٢٨ ص ١٨١ - إيسا

١٣ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٩٢ ص ١٦٠ .

(٣) نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٨ ص ٢٤٤ ،

وهو الحكم السابق الإشارة إليه .

(٤) استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٨٤ - محمد علي عرفة ٢ فقرة

٢١٦ ص ٣٩٠ - وسنود إلى هذه المسألة (أنظر ما يلي فقرة ١٨٥) .

ب - وفي فرض تعدد المقارات المبيعة مع وحدة المشتري ، إذا باع المالك عقارات متعددة لمشتري واحد في صفقة واحدة وبشمن واحد ، وجب التمييز بين حالتين : (١) أن تتوافر في هذه العقارات جميعا شروط الأخذ بالشفعة ، وفي هذه الحالة يجب على الشفيع أن يطلب أخذ المقارات جميعا بالشفعة لتوافر شروطها في كل العقارات ، ولأن الصفقة واحدة فلا يجوز تفريقها على المشتري. وبما يؤكد وحدة الصفقة أن تكون المقارات المتعددة متصلة بعضها ببعض (١)، أو إذا كانت منفصلة أن تكون مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة بحيث إن استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى بعض منها يجعل الباقي غير صالح لما أعد له من الانتفاع (٢) . وإذا أراد الشفيع أن يقتصر في الأخذ بالشفعة على بعض

= وكما يتعدد المشترون على الشيوع ، قد يتعدد البائعون فيبيعون عقاراً شاملاً بينهم لمشتري واحد ، فتمتد الصفقة في هذه الحالة صفقة واحدة ولا يجوز تفريقها . ومن ثم لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة حصة أحد البائعين الشائنة وحدها ، بل يجب أن يأخذ بالشفعة المقار بتمامه (استئناف مخطط ٢٠ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٩٦ - محمد كامل مرمى ٣ فقرة ٣٨٠) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا شمل البيع عقارات متعددة في ذات العقد ، وكانت منفصلة بعضها عن بعض جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة ما توافرت له فيها أسبابها دون المقارات الأخرى التي لا يستتبع أن يشفع فيها لو أنها بيعت مستقلة . أما إذا كانت المقارات المبيعة متصلة ، فيجب على الشفيع أن يأخذها بتمامها (نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن الأخذ بقاعدة عدم جواز تجزئة العقار المطلوب أخذه بالشفعة محله أن يكون المبيع عقاراً واحداً أو عقارات متعددة متصلة أي متلاصقة ، أو منفصلة بشرط أن تكون مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة بحيث إن استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى جزء منها يجعل الباقي غير صالح لما أعد له من الانتفاع (نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٠ ص ٦١٥ - ١٤ يناير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٩ ص ٥٢ - الاسكندرية الكلية الوطنية ١١ فبراير سنة ١٩٢٩ الهامة ٩ رقم ٣٣٩ ص ٥٤٤ - استئناف مخطط ٥ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٦) .

ومثل المقارات المنفصلة المخصصة لعمل واحد مبنى خصص ليكون مدرسة ، وعلى بعد منه قطعة أرض فضاء منفصلة عنه خصصت لتكون ساحة للألعاب الرياضية لتلاميذ هذه المدرسة . ومثل المقارات المنفصلة المخصصة لطريقة استغلال واحدة أراض زراعية منفصلة بعضها عن بعض ، ولكن خصصت كلها لزراعة القصب لتوريده إلى مصنع السكر (أنظر محمد كامل مرمى ٣ فقرة ٢٣٩ ص ٢٣٣ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٣١١ ص ٤٦٦) . وعلى كل حال يجب ترك البت في أن الصفقة واحدة أو متعددة لتقدير قاضي الموضوع ، فيقضى في ذلك بناء على أسباب سائنة ، مستهدياً بالظروف الخاصة بكل صفقة وبما يحيطها من ملابسات .

العقارات دون بعض ، فلا بد أن يكون ذلك بموافقة المشتري ، فهو وحده الحكم فيما إذا كان تفريق الصفقة يضر به أو أنه يرضاه ليتمكن بذلك من أن يستقي بعض العقارات لقيام مصلحة له في ذلك . (٢) أن تتوافر شروط الأخذ بالشفعة في بعض العقارات دون بعض آخر ، وفي هذه الحالة يبدأ الشفع بطلب الأخذ بالشفعة في العقار أو العقارات التي تتوافر فيها الشروط (١) . ولما كان قد حدد في الغالب ثمن واحد لجميع العقارات ، فإن قيمة العقارات التي يطلب الشفع أخذها بالشفعة تقلد بواسطة خبير بنسبة من هذا الثمن الواحد تتفق مع مساحة هذه العقارات وصقها بالنسبة إلى باقي العقارات (٢) . ولكن يجوز للمشتري ، إذا رأى أن تفريق الصفقة على هذا الوجه يضر به ، أن يتمسك بأن يأخذ الشفع بالشفعة كل العقارات ، ما توافرت فيه شروط الشفعة وما لم تتوافر ، وذلك حتى لا تتجزأ عليه الصفقة . وحينئذ يتعين على الشفع أن يأخذ كل العقارات بالشفعة حتى ما لم تتوافر فيه الشروط ، أو أن يتركها جميعا حتى ما توافرت فيه الشروط . وقد جرى القضاء على هذا المبدأ في أحكام متعددة (٣)

(١) نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ - ٧ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٧ ص ٢١٤ .

(٢) استئناف وطني ١٢ يناير سنة ١٩٥٤ الاستقلال ٣ رقم ٦٥ ص ٢٦ (إذا كانت الأرض المشفوع فيها قد بيعت صفقة واحدة مع كونها مؤلفة من عدة قطع متفاوتة الأثمان ، وعرض الشفع نسبة من الثمن الإجمالي الوارد في عقد البيع ، وجب على المحكمة أن تعين خبيراً لتقدير قيمة القطعة المشفوع فيها ، وإذا رأت المحكمة لياقة العرض تعين عليها اعتبار منه) - استئناف مختلط ٤ يناير سنة ١٩٥٠ م ١٢ ص ٦٢ - ٢١ يناير سنة ١٩٥١ م ١٣ ص ٣٠٩ (إذا كان ثمن القطعة الخاضعة لحق الشفعة قد زيد زيادة جسيمة وأنقص ثمن القطعة الأخرى غير الخاضعة لحق الشفعة من غير أن يزداد ثمن البيع الإجمالي ، وذلك بقصد منع استهلاك حق الشفعة ، فإن للقاضي أن يمين الثمن الحقيقي للقطعة الخاضعة لحق الشفعة) - ٥ ديسمبر سنة ١٩٥١ م ١٤ ص ٣٣ - ١٠ يونيو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٤ .

(٣) نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٠ ص ٦١٥ - استئناف مصر ١٢ يونيو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٦٣ ص ٩٣٠ (علم جواز تجزئة الصفقة ليس مناه أن يكون للشفع حق الشفعة في جميع الصفقة بما فيها العقار الذي لا شفعة له فيه أصلاً ، وإنما معنى ذلك أن المشفوع منه أن يلزم الشفع بذلك إذا شاء ، وإلا كان حق الشفع مقصوراً على العقار الذي له حق الشفعة فيه وحده) - استئناف مصر ٤ يونيو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٤٤ ص ٣٦٩ - طنطا الكلية ١٦ نوفمبر سنة ١٩٥١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٣٦ ص ١٠٨ - الاسكندرية الكلية الوطنية ١١ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٢٩ ص ٥٤٤ - استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٩٥٦ م ١٨ ص ١٨٦ -

على أن المشروع التمهيدى للتتبعين المدنى الجديد كان يتضمن نصا يقضى بغير هذا الحكم ، فقد كانت المادة ١٣٨٥ من هذا المشروع تنص على أنه :

١ - لا شفعة إن شمل البيع في نفس الوقت وبشمن واحد ، غير الحق الذى يجوز أخذه بالشفعة ، حقوقا أخرى لا شفعة فيها . ٢ - إلا أنه إذا كان يملك المنفعة أو الرقبة أشخاص متعددون ويبيع كل الرقبة أو كل المنفعة ، جاز لهؤلاء الأشخاص أن يطلبوا الأخذ بالشفعة مجتمعين . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « هذا النص حل محل المادة ١١ من قانون الشفعة الحالى (السابق) . وهو يفرض أن المشتري قد اشترى ، صفقة واحدة وبشمن واحد ، العقار الذى يمكن أخذه بالشفعة مع عقارات أخرى لا شفعة فيها . ففي هذه الحالة لا يجوز للشفع أن يأخذ بالشفعة لا العقار الذى توافرت فيه شروط الشفعة حتى لا تتجزأ الصفقة ، ولا العقارات جميعا لأن منها عقارات لا شفعة فيها . ويستلزم النص في حالتين : (١) إذا كان يملك المنفعة أشخاص متعددون ويبيع الرقبة كلها ، فإن أحدا من المتفعين لا يستطيع أن يشفع وحده في الجزء من الرقبة الذى يقابل حتى انتفاعه حتى لا تتجزأ الصفقة ، كما لا يستطيع أن يشفع وحده في كل الرقبة لأنه لا يملك الشفعة في بعض أجزائها . ولكن يجوز للمتفعين مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة في الرقبة كلها ، لأن الصفقة في هذه الحالة لا تتجزأ كما أن كل جزء من الرقبة مشفوع

ـ وإذا عرض المشتري أن يأخذ الشفع ببقية العقارات التى لم تتوافر فيها شروط الشفعة فأجابته الشفع إلى ذلك ، كان أخذ الشفع لهذه البقية صفقة مستقلة تقوم على التراضى . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى الشفع بأحقية في أخذ جزء من الأطنان المبيعة بالشفعة ، كما قضى بأحقية أيضا في أخذ باقى الشفعة وذلك قبولاً لما رددته المشتري في دفاعه أمام محكمة الموضوع من تقرير لترك باقى الصفقة تحت يده رغم ضعفها وصعوبة استغلالها ، واستجابة لما أظهره الشفع من استعداد لأخذ هذا الباقي رضا للضرر عن المشتري ، فإن التكييف الصحيح لذلك هو أن الطرفين قد تراضيا على أخذ الشفع لباقى الصفقة ، إذ ثبت من جهة حقه في أخذ الجزء المشفوع فيه بالشفعة وثبت من جهة أخرى إصابة المشتري بأضرار من تخلف الجزء الباقي في يده . ففى كان الحكم قد أثبت قيام الأسس التى بنى عليها هذا التراضى ، فإنه لا يكون قد أخطأ إذا عمل أثره وقضى الشفع بأخذ باقى الصفقة رضا للضرر الذى شكاه منه المشتري . ولا يغير من ذلك أن يكون المشتري قد اعترض أمام محكمة الموضوع على ما أبداه الشفع من أخذ باقى الأطنان بأنه طلب جديد للشفعة لم تتوافر شروطه ومواجهته (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٧ ص ٢١٤) .

فيه . (ب) إذا كان مملك الرقة أشخاص متعددون ويبيع حق المنفعة كله ، فإن أحدا من أصحاب الرقة لا يستطيع أن يشفع وحده في الجزء من حق المنفعة الذى يقابل ما مملك من الرقة حتى لا تنجز الصفقة ، كما لا يستطيع أن يشفع وحده في حق المنفعة كله لأنه لا يملك الشفعة في بعض أجزائه . ولكن يجوز لأصحاب الرقة مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة في حق المنفعة كله ، لأن الصفقة في هذه الحالة لا تنجز كما أن كل جزء من حق المنفعة مشفوع فيه . وقد اجتاز هذا النص مراحله التشريعية . حتى وصل إلى لجنة مجلس الشيوخ . وفي هذه اللجنة لوحظ أن الحكم الوارد في الفقرة الأولى يخالف ما جرى عليه العمل ، وبعد مناقشة انقسمت اللجنة إلى رأيين ، الأول يذهب إلى جواز تجزئة الصفقة والأخذ بالشفعة في العقار الذى توافرت فيه شروطها ، والثاني يذهب إلى عدم جواز الشفعة إلا في الصفقة كلها . وانتهت اللجنة إلى حذف المادة ، وترك حكمها لاجتهاد القضاء^(١) . ويتبين مما قدمناه أن النص الذى كان واردا في المشروع التمهيدى ، والذى كان يقضى بعدم جواز الشفعة أصلا ، سواء في العقارات التى لا تتوافر فيها شروط الشفعة أو العقارات التى تتوافر فيها هذه الشروط ، يخالف ما جرى به العمل ، ولم يقدر له أن يكون تشريعا ، بل ترك الأمر لاجتهاد القضاء . لذلك لا يجوز الأخذ بحكم هذا النص^(٢) . لا سيما بعد أن بدأ أن الميل متجه إلى العمل بماسار عليه القضاء . وقد قدمنا أن رأى الذى نقول به - وهو جواز الأخذ بالشفعة في العقارات التى توافرت فيها شروطها وذلك ما لم يتمسك المشتري بعدم تفريق الصفقة عليه فيتحم عندئذ أن يأخذ الشفيع جميع العقارات - هو الرأى الذى يتمشى مع ما يسير عليه القضاء في هذه المسألة . ولا يجوز الاعتراض على هذا الرأى بما قيل من أن الشركات العقارية تتضرر منه إذا اشترت شركة منها حصة

(١) أنظر في كلى ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٨٩ - ص ٣٩٢ في الحاشي .

(٢) أنظر في هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٩ وفقرة ٣٨١ - شفيق شحانة

فقرة ٢٦٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠٦ - وانظر عكس ذلك والأخذ بحكم هذا النص محمد

عل هرة ٢ فقرة ٢١٨ ص ٣٩٣ - ص ٣٩٤ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٥٩ - إسماعيل

غانم ص ٨٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١١ ص ٤٦٦ - ص ٤٦٧ - منصور مصطفى

منصور فقرة ١٤٣ ص ٣٤٠ - ص ٣٤١ .

عقارات بقصد تقسيمها ، وتصادف أن كان منها عقار يجوز فيه الأخذ بالشفعة فيحبط الشفع مشروع الشركة^(١) ، ذلك بأن الشفع في هذه الحالة لا يستطيع أن يأخذ بالشفعة إلا العقار الذي توافرت فيه شروطها دون غيره من العقارات ، ويسلم للشركة بعد ذلك ما بقي من العقارات فتتمكن من القيام بمشروعها^(٢) . وإذا بيعت العقارات المتعددة لمشتري واحد ، ولكن في صفقات متعددة ، كأن كانت العقارات منفصلة بعضها عن بعض ولم تكن مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة ، فلا مجال في هذه الحالة لتطبيق مبدأ عدم تجزئة الشفعة ، لأن الصفقات متعددة ومبدأ عدم التجزئة لا يسرى إلا في حالة وحدة الصفقة . وعلى ذلك يجوز للشفيع في هذه الحالة أن يأخذ بالشفعة العقار أو العقارات التي توافرت فيها شروطها ، ولا يعترض عليه في ذلك أنه يجزئ الصفقة لأن الصفقات كانت متعددة من مبدأ الأمر . وهو لا يأخذ بالشفعة إلا في صفقة واحدة لم يجزئها . ولا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة العقار أو العقارات التي لم تتوافر فيها الشروط إذ أن الحق في الأخذ بالشفعة في هذه العقارات منعدم ، كما لا يجوز للمشتري أن يجبر الشفع على الأخذ بالشفعة في هذه العقارات لأنه لا يستطيع أن يستند في ذلك إلى مبدأ عدم التجزئة فهو غير منطبق لتعدد الصفقات^(٣) .

ويقرب ما قررناه ، فيما تقدم ، من أحكام الفقه الإسلامي . فعند أبي حنيفة ومالك والشافعي أنه إذا تعدد المبيع : بأن اشترى شخص دارين بعقد واحد ، وتوافر في كل من الدارين شروط الأخذ بالشفعة ، لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ الدارين جميعا بالشفعة ، وليس له أخذ أحدهما وترك الأخرى لما في ذلك من تفريق الصفقة على المشتري . أما إذا تعدد العقد ، أو كانت

(١) أنظر في هذا الاعتراض محمد علي عرفة ٢ فقره ٢١٨ ص ٣٩٣ - وانظر أيضا في هذا الاعتراض مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدقي في عصف جلة ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٧ في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٨ في الخامس .

(٢) ويحسن في هذا القرض ترك الأمر لتقدير القاضي ، فإذا رأى أن الأخذ بالشفعة للعقار الذي توافرت فيه الشروط من شأنه أن يطل مشروعا اقتصاديا كبير النفع ، فله أن يرفض طلب الشفع .

(٣) أنظر في هذا المعنى نقض مدني ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم

شروط الشفعة لا تنوافر إلا في إحدى الدارين ، كان للشفيع في الحالة الأولى أخذ أحد الدارين دون الأخرى بالشفعة لأن الصفقة كانت متفرقة منذ البداية لتعدد العقد ، وكان له في الحالة الثانية أخذ الدار التي توافرت فيها شروط الأخذ بالشفعة دون الأخرى لأنه لا يشفع إلا فيها .

هذا ونحن فيما قدمناه إنما نقف عند المسائل الرئيسية لمبدأ عدم قابلية الشفعة للتجزئة ، دون الخوض في التفاصيل التي تباينت فيها الآراء واحتدمت في شأنها المناقشات (١) ، وهي تفصيلات يحسن تركها لاجتهاد القضاء كما قررت لجنة مجلس الشيوخ ، فيستهدى القضاء في كل حالة بالظروف الخاصة بها وبما يحيطها من ملاسات .

١٧٠ - لا تجوز الشفعة إلا في عقد البيع : كان التقنين المدني السابق

يجوز الشفعة في البيع وفي المقايضة ، فكانت المادة ٩٦ / ٧٠ منه تنص على أنه « لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ولا ممن تملك بغير المبايعة أو المعاوضة . ولما كان الشفعي يأخذ العقار المشفوع فيه بثمنه والتمن لا يوجد إلا في البيع ، ولو أخذ في المقايضة لتمكن أن يأخذ العقار بقيمته إذ لا ثمن في المقايضة ، ولتضمن إجبار المالك على تقاضي قيمة العقار الذي قايس به بدلا من العين التي قايس عليها ، وهو إنما أراد بالمقايضة هذه العين بالذات ، لذلك كان من المناسب ألا تجوز الشفعة في المقايضة ، وألا تجوز إلا في البيع . وهذا ما حققه قانون الشفعة السابق » إذ نص في المادة ٩٥ منه على أنه « لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ، ولا ممن تملك بغير المبايعة » . وقد سار التقنين المدني الجديد على هذا النهج ، إذ تعرف المادة ٩٣٥ مدني ، كما رأينا ، الشفعة بأنها « رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري . . . » ثم إن جميع نصوص الشفعة إنما تتكلم عن البائع والمشتري على أساس أن الشفعة لا تجوز إلا في البيع .

فلا بد إذن من عقد بيع يصدر من مالك العقار المشفوع فيه إلى المشتري المشفوع منه ، حتى يجوز الأخذ بالشفعة . وعقد البيع تصرف قانوني صادر

(١) أنظر ما دار من مناقشات طويلة في هذا الشأن في لجنة الأستاذ كامل صدق في محضر جلستي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٧ و ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٧ في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٦ - ص ٣٥٠ في المجلد .

من الجانبين وناقل للملكية بعوض . فاذا انتقلت ملكية العقار بغير تصرف قانوني ، كالميراث والاتصاف والتحام ، فلا شفعة . ولا شفعة أيضا إذا انتقلت ملكية العقار بتصرف قانوني صادر من جانب واحد كالوصية . وحتى لو كان التصرف القانوني صادرا من الجانبين ، أى كان عقدا ، فلا بد أن يكون عقد معاوضة ، فالهبة لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة^(١) ، حتى لو كانت بعوض مادامت هبة حقيقية^(٢) . فاذا كانت حقيقة الهبة بعوض أنها بيع أخفى تحت

(١) استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٤٧ .

(٢) وذلك لأن الواهب إنما وهب ، ورضى بالتجرد عن ملكه دون مقابل لاعتبارات شخصية في الموهوب له لا توافر في الشفيع ، فلا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في الهبة ، ولو بقيت العقار الموهوب .

كذلك لا يؤخذ بالشفعة في عقد اختلطت فيه الهبة بالبيع ، كبيع يحصل بنصف القيمة لاعتبارات شخصية راعاها البائع في المشتري (استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٨٩ - ٤ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٨٨) . ولاشفعة في بيع صدر من الحكومة عن أرض أصلها المشتري ، فتساعطت الحكومة في الثمن تساعلا كبيرا (استئناف مصر ١٩ يناير سنة ١٩٢٥ المقامة ٥ رقم ٤٢٢ ص ٥١٩ - وانظر عكس ذلك استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٢٤ المقامة ٤ رقم ٧٣٨ ص ٩٥٩) . وقد قضى في هذا المعنى بأن البيع الصادر من مصلحة الأملاك لصفار المزارعين ، إذا توافرت في طالب الشراء شروط معينة منها قيامه بإصلاح الأرض المنصرف له فيها أو استجاره لها مدة طويلة ، وبقصد توفير أسباب العيش لصفار المزارعين ، هو عقد تختلط فيه الهبة بالبيع ، وقد روى في تقدير الثمن فيه اعتبارات تتعلق بشخصية المشتري ، وقصد به تحقيق مصالح عليا اجتماعية وسياسية ، ومن ثم يتنافى القضاء بالشفعة في مثل هذا البيع مع طبيعة العقد ، ويكون فيه تقويت للأغراض المقصودة من البيع (نقض مدني ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٨٥ ص ٥٦١ - ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣١ ص ٢٣٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٠٥ - عبد المنعم البهراوي فقرة ٤٢٨ ص ٤٥٧ - إسماعيل غانم ص ٨٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٨ ص ٣٣١ - ٣٣٢ - حسن كيرة ص ١٥ - وقازن محمد علي عرق ٢ فقرة ٢٦١ ص ٤٤٩) . وقضى أيضا في هذا المعنى ألا شفعة فيما تنزله عنه الحكومة من أملاكها الخاصة لموظفيها السابقين ، بل لا عما يستحقونه من العائش (استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٦ - أنظر عكس ذلك محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٦٦) . وقريب من هذا ما تمهدت به الحكومة ، نتيجة لتدخلها طبقا للرسوم بقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٣١ لصيانة الثروة الزراعية ، من رد الأراضي التي رسا مزادها عليها لأصحابها . فقد أوجبت الحكومة على نفسها ، طبقا لقرار مجلس الوزراء الصادر في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ ، أن ترد لكل مالك ملكه بمجرد طلبه ذلك في مدى خمس سنوات ، في مقابل رد الثمن الذي رسا به مزاد الأرض . وقد قضت محكمة النقض بأن رد الأرض إلى صاحبها بموجب القرار

ستار الهبة ، وسمى الثمن عوضا ، فالعبرة بحقيقة العقد وبأنه بيع ، فتجوز فيه الشفعة (١) . ويأخذ الشفيع العقار بالعوض المذكور في العقد ، إلا إذا ثبت أنه دون الثمن الحقيقي المتفق عليه ، وأنه إنما ذكر في العقد ناقصا عن الثمن الحقيقي لإحكام ستر البيع وإلباسه ثوب الهبة بعوض ، فعندئذ يأخذ الشفيع العقار بالثمن الحقيقي لا بالعوض المذكور في العقد (٢) . وعلى العكس من ذلك إذا كان البيع هو الذي يستر الهبة ، كما هو الغالب ، لم يجوز الأخذ فيه بالشفعة ، ويحتج على الشفيع بالعقد الحقيقي دون العقد الظاهر لأنه ليس من الغير في الصورية كما سيجىء ، وعلى ذلك لا يجوز الأخذ بالشفعة في الهبة المستترة في صورة بيع (٣) . وقد يتحايل البائع والمشتري لمنع الأخذ بالشفعة ، فهب

= سالف الذكر لا يعتبر فيما تجوز فيه الشفعة، ويمكن اعتبار صاحب الأرض مالكا لم يتجرد من ملكيته منذ نزعته منه إلى يوم أن استردها من الحكومة إذ هو في حكم البائع لقدر الذي رسا مزاده على الحكومة ، واستردها للأرض يكون بمثابة تقايل من هذا البيع وفسخ له ، ولابد بر فيما جديداً تجوز فيه الشفعة (نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨١ ص ١٧٦) أما إذا تنازل صاحب الأرض عن حقه في استردها لأرضه إلى شخص آخر ، وقبلت الحكومة هذا التنازل وتصرفت بمقتضاه في الأرض للتنازل إليه ، فإن هذا التصرف الذي من شأنه أن يحدث للتنازل إليه ملكية لم تكن له من قبل يكون فيما ، وتجوز فيه الشفعة (نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٤ ص ١٦١) - أنظر في هذه المسألة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٦٥ .

(١) وللشفيع أن يثبت بجميع طرق الإثبات ، وتفسل في ذلك القرائن ، أن حقيقة الهبة أنها بيع (استئناف مخطط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٤ - محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٢٩٦ ص ٢٩٣) .

(٢) استئناف مخطط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٤ - ١٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣٩ - على زكي العرابي ص ١٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٥ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا تصح الشفعة في العين الموهوبة ، ولو وصفت في العقد بالبيع (استئناف وطني أول ديسمبر سنة ١٨٩١ المحقوق ٦ رقم ٨١ ص ٣٨٢) . وقضت محكمة مصر الوطنية بأنه يجوز اعتبار عقود البيع عقود هبة إذا ساعدت ظروف الأحوال على ذلك ، كما إذا صدر البيع من أب لابنه بشئ زهيد ، وحينئذ لا يصح استعمال حق الشفعة لأنه لا يترتب على الهبة (مصر استئنافي ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ المحقوق ١٤ ص ٦٦) - وأنظر استئناف مخطط ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧٣ - ٤ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٨٨ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٨٩ . وليس ضروريا ، في الأخذ بالقرائن دليلا على أن حقيقة البيع هبة مستترة فلا تجوز فيها الشفعة ، أن يؤخذ في ذلك بالقرابة أو المصاهرة بين البائع والمشتري فإن هذه العلاقة لا ينسب معها أن يكون البيع هبة مستترة . ولا نقلة الثمن المذكور في =

البائع للمشتري جزءا صغيرا مقطعا من الأرض المبيعة يكون هو الجزء الملاصق لأرض الشفع ، فيحول هذا الشريط من الأرض دون تحقق الجوار بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به ، وذلك حتى يمكن الاحتجاج على الشفع بأنه لا يستطيع أخذ العقار بالشفعة لعدم تحقق الجوار ، بل ولا أخذ هذا الشريط من الأرض بالشفعة لأنه محل لعقد هبة لا لعقد بيع . وفي هذه الحالة يجوز للشفع أن يثبت . بجميع طرق الإثبات ، أن الهبة صورية وقد قصد بها التحايل لمنع الأخذ بالشفعة . فيأخذ بالشفعة كل العقار ، ويدخل فيه قطعة الأرض الموهوبة . بالثمن المسمى في عقد البيع الواقع على بقية العقار ، على اعتبار أن حقيقة التعامل هو بيع واقع على كل العقار بالثمن المسمى في عقد البيع (١) .

فاذا وجد عقد معاوضة ناقل للملكية (٢) ، فلا يؤخذ فيه بالشفعة إلا إذا

= المقدم فقد يكون القصد من ذلك التخفيف من مصروفات التسجيل (استئناف وطني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسبية ٤ رقم ٢٧ ص ٦٣ - مصر استئنافي ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ ص ٦٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٦ ص ٢٩٤) .

وقد نصت المادة ٢٤٤ من قانون الملكية المقارية اللبناني (المعدل بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أنه « لا يستعمل حق الشفعة إلا بوجه المشتري أو بوجه الموهوب له بموض . وفي الحالة الأخيرة يكون حق الشفعة ممرضا لأسباب البطلان والإلغاء نفسها الجارية على الهبة ذاتها - لا تسع دعوى الشفعة في المقايضة المقارية ، وفي البيع الحاصل بين الزوجين أو الأصول والفروع أو الإخوة والأخوات » .

(١) على زكي المرابي فقرة ١٤ ص ١٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٨ ص ٣٢٠ - هذا وإذا كان لا يجوز في الهبة الأخذ بالشفعة . فإنه يجوز لمن تملك العقار المشفوع به بمقابلة من المالك الذي باع به ذلك عقارا آخر أن يأخذ هذا العقار الآخر بالشفعة ، ولا يمنعه من ذلك أن العقار المشفوع به موهوب له من نفس المالك البائع ، وذلك ما لم يشترط هذا الأخير على الموهوب له التزول عن حقه في الأخذ بالشفعة (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٧) .

(٢) فلا يجوز الأخذ بالشفعة في عقد القسمة ، لأن القسمة كاشفة عن الملكية لا ناقله لها (استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٤٧ - ٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤٠٩) . وهذا هو أيضا الحكم في الفقة الإسلامي ، فقد جاء في المادة ١١٤ من مرشد الجيران : « لا تجرى الشفعة في القسمة ، فإذا قسمت دار أو أرض مشتركة بين اثنين فلا يكون الجار شفعيا فيها » . وجاء في الفتاوى الهندية (جزء ٥ ص ١٦٤) : « إذا اقسم الشركاء العقار ، فلا شفعة لجارهم بالقسمة . سواء كانت القسمة بفضاء القاضي أو بغير قضائه » .

كان عقد بيع (١) . فالمقايضة ، ولو كانت بمعدل ، لا يؤخذ فيها بالشفعة (٢) ، إلا إذا كان المعدل كبيرا يفوق بكثير قيمة البذل بحيث يستخلص أن حقيقة المقايضة هي أنها عقد بيع استتر في صورة مقايضة . فتكون العبرة في هذه الحالة بالعقد الحقيقي وهو بيع ، فيجوز الأخذ فيه بالشفعة (٣) . ولا يجوز الأخذ بالشفعة في الشركة ، إذا كانت حصة الشريك في الشركة عقارا ، فلا يؤخذ هذا العقار بالشفعة من الشركة ولو أعطاها الشفيع قيمته ، لأن الشركة إنما تعاقدت مع الشريك على هذا العقار بالذات وقد لا ترضى بقيمته بديلا عنه إذ قد يخل ذلك بأغراضها من تملك العقار (٤) . ولا تجوز الشفعة

= كذلك لاشفعة في الصلح ، لأنه كاشف عن الملك لا ناقل له ، ولأن الصلح يتناقى مع الشفعة فهو يستلزم من المتصلحين واجبات شخصية لا يمكن للشفيع القيام بها فيتندر عليه أن يقوم مقام المشفوع منه في جميع الحقوق والواجبات (استئناف وطى ٢٥ أبريل سنة ١٩٠١ المجموعة الرسية ٤ رقم ٢٦ ص ٦١ - بنى سويف الكلية ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ١١ رقم ٣٢١ ص ٦٤٥ - استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٠٣) - وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان كل من المتعاقدين قد ترك جزءا من حقوقه على وجه التقابل حيا للنزاع الحاصل بينهما ، فهذا العقد صلح طبقا لنص القانون . ولا يصح اعتباره فيما لكونه تضمن نقل ملكية أحد المتخاصمين إلى الآخر بشن معين ، مادامت هذه الملكية لم تكن مستغرة لمالكها بل كانت محل نزاع . والمبلغ المسمى في العقد لم يكن مزايا لنقل الملكية المتنازع عليها ، بل كانت مقابلا لحسم النزاع ، مما تنعدم معه مقومات البيع وتظهر مقومات الصلح الذي لا تجوز فيه الشفعة ولا الاسترداد (نقض مدني ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٤ ص ٤٨٩) .

(١) ولا يجوز الأخذ بالشفعة في نزاع ملكية العقار للمنفعة العامة لأن نزاع الملكية للمنفعة العامة ليس ببيع ، ولأن الشفيع لا يستطيع أن يحل محل الدولة في تخصيص العقار للمنفعة العامة (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٦) .

(٢) استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٦ .
(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٣٠ ص ٤٥٩ - إسماعيل غانم ص ٣٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٣ ص ٤٤٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٨ - وقارن شفيق شحاتة فقرة ٢٦١ ص ٢٧٢ - ٢٧٣ - ويجوز للشفيع أن يثبت بجميع طرق الإثبات أن حقيقة المقايضة هي أنها عقد بيع ، لأنه ليس طرفا في عقد المقايضة حتى يمنع من إثبات عكس الثابت بالكتابة إلا بالكتابة (استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٩ رقم ٣٨٧ ص ٩٥٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٢ - محمد علي عرفة فقرة ٢٥٧ ص ٤٤٤) .

(٤) أنظر في أسباب أخرى لعدم جواز الشفعة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٤ - وإذا اندمجت شركة في أخرى ، فإذا كان هذا الاندماج عن طريق بيع الشركة الأولى أموالها لشركة الأخرى وكان في هذه الأموال عقارات ، جاز أخذها بالشفعة (استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٥٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٥) . وإذا كان الاندماج عن طريق بيع الشركة الأولى أسهمها لشركة الأخرى ، كان البيع واقعا على أسهم ، وهي منقولة فلا شفعة .

في الوفاء بمقابل ، إذا أعطى المدين للدائن عقارا في مقابل الدين ، لأن الوفاء بمقابل فيه معنى استيفاء الدين ، وقد لا يرضى الدائن إلا بالمعقار ذاته في مقابل الوفاء بهذا الدين ، وهذا هو أيضا الحكم في الفقه الإسلامي (١) .

فإذا كان عقد المعاوضة الناقل للملكية هو عقد بيع ، جاز الأخذ فيه بالشفعة . ومع ذلك لا يؤخذ بالشفعة في عقد البيع الباطل ، لأن هذا العقد لا وجود له حتى يصح الأخذ فيه بالشفعة . كذلك لا يؤخذ بالشفعة في عقد البيع الصوري لأنه عقد لا وجود له كالعقد الباطل ، وقد قدمنا أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة في الهبة المستترة في صورة بيع لأن البيع الذي يستر الهبة إنما هو عقد بيع صوري . ولا يجوز الاعتراض على ذلك بأن الشفعيع يعتبر من الغير في الصورية فله أن يأخذ بالمقد الظاهر دون العقد المستتر إذا كان حسن النية ، أى يأخذ بمقد البيع الصوري وهو العقد الظاهر فيجوز له على هذا الأساس أن يأخذ بالشفعة . لا يجوز هذا الاعتراض ، لأن الشفعيع ، في رأينا ، لا يعتبر من الغير في الصورية (٢) . وعلى ذلك إذا باع المالك عقاره بيعا صوريا

(١) الزيلعي • ص ٢٦٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٠٤ .

(٢) وقد سبق أن كتبنا في الجزء الثاني من الوسيط ، في صدد تحديد الغير في الصورية بأنه هو الدائنون الشخصيون لكل من المتعاقدين طرفي الصورية والخلف الخاص لأى من هذين المتعاقدين ، ما يأتي : « ويلاحظ أيضا أن هذا الخلف الخاص قد كسب حقه من البائع أو من المشتري بسبب يغاير التصرف الصوري الصادر من البائع إلى المشتري . فالدائن المرتهن من البائع كسب حقه بمقد الرهن وهو غير البيع الصوري ، والمشتري بمقد جدى من البائع كسب حقه بمقد البيع الجدى وهو غير البيع الصوري ، وكذلك الحال بالنسبة إلى كل من المشتري بمقد جدى من المشتري والدائن الذى ارتهن من المشتري الدار . ويرتب على ذلك أنه لا يعتبر غيراً من كسب حقه على العين على التصرف بموجب هذا التصرف الصوري نفسه . فلو باع شخص داراً من آخر بمقد ذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقي لتخفف من رسوم التسجيل ، فإن الشفعيع في هذه الدار لا يعتبر غيراً بالنسبة إلى هذا البيع ، ولا يحق له أن يتمسك بالثمن المذكور في العقد للأخذ بالشفعة ، بل يجب أن يدفع الثمن الحقيقي إذا أثبتته أى من البائع أو المشتري . ذلك أن الشفعيع كسب حقه بالشفعة وانشفة سبب يدخل فيه نفس البيع الذى ذكر فيه الثمن الصوري ، فيكون قد كسب حقه بموجب العقد الصوري ، فلا يعتبر غيراً في هذا العقد . هذا إلى أنه من الواضح أن الشفعيع قد حل محل المشتري في البيع ، فهو إذن ليس بخلف خاص للمشتري إذ لم يتلق منه الملكية ، وهو في الوقت ذاته بعد أن حل محل المشتري قد أصبح طرفاً مع البائع في نفس العقد الصوري فلا يصح أن يكون خلفاً لخاصة البائع (تالياً للعقد الصوري) » (الوسيط ٢ فقرة ٦٢١ ص ١٠٩٠ - ص ١٠٩١) . والسبب في أن الشفعيع كسب حقه بسبب يدخل فيه العقد الصوري =

لمشتر حرر معه ورقة ضد (contre-lettre) ، وأراد الشفيع أن يأخذ العقار بالشفعة ، جاز الاحتجاج عليه بورقة الضد هذه وإن كان حسن النية ، وبأن البيع صوري لا وجود له فلا يجوز الأخذ فيه بالشفعة (١) . وعلى ذلك أيضا إذا ذكر في عقد البيع ثمن أقل من الثمن الحقيقي تخففا من رسوم التسجيل ، فالذي يسرى على الشفيع هنا هو الثمن الحقيقي ، ولا يجوز له التمسك بالثمن الصوري المنخفض لأنه ليس من الغير (٢) .

= هو ، كما سبق أن بينا ، « أن الشفعة واقعة مركبة ، اقترن فيها بيع العين المشفوعة مع الشيوخ أو الجوار ، وهذه واقعة مادية ، باعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، وهذا تصرف قانوني . فيدخل إذن في تركيب الشفعة ، كسب نكسب الملكية ، البيع الذي يأخذ فيه الشفيع بالشفعة ، ويعتبر هذا البيع بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية » (الوسيط ٢ فقرة ٦٢١ ص ١٠٩١ هامش ١) .

(١) مصر الكلية أول فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٥ رقم ٦٦٥ ص ٨١٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣١ ومع ذلك أنظر فقرة ٣٣٢ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة ، على خلاف ما قدمناه ، بأنه لا يجوز التمسك على الشفيع بورقة ضد تدل على أن البيع لم يعقد إلا كتأمين لضمان دين للمشتري على البائع ، حتى إذا دفع الدين فسخ البيع (استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢) . وقضت محكمة النقض ، على خلاف ما قدمناه أيضا ، بأن الشفيع يعتبر من طبقة الغير ، ففى كان عقد البيع قد شهر فلا جناح على الشفيع إن هو رفع دعواه بالشفعة على البائع الظاهر فيه (نقض مدنى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ ص ١٣٨٤ - ١٨ أكتوبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢١٣ ص ١٥٣٠) .

(٢) ومع ذلك فقد جرى القضاء في مصر على عكس الرأى الذى نقول به . فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشتري لا يجوز له رفض ما يعرضه الشفيع من الثمن الوارد في العقد بدعى أنه أقل من الثمن الحقيقي ، إذا ثبت أن المشتري والبائع قد اتفقا على ذلك حتى ينقصا من مقدار الرسوم التى يجب دفعها للخرافة ، ومن جهة أخرى لا يجوز للبائع في هذه الحالة أن يرجع على المشتري بالفرق في الثمن (استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) . وقضت محكمة النقض بأن الشفيع ، بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة ، يعتبر من الغير بالنسبة إلى طرفي عقد البيع سبب الشفعة ، ومن ثم لا يحتج عليه إلا بالمقدد الظاهر . وإذن ففى كان الحكم المطعون فيه ، إذ قضى للمطعون عليهما الأولى بالشفعة مقابل الثمن الوارد بالمقدد المسجل الصادر من الشركة البائنة إلى الطاعنين ، قد فنى بأدلة مسوقة علم المطعون عليهما الأولى بأن الثمن الحقيقي يختلف عن الثمن الوارد بالمقدد ، فإن النعمى عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٩ ص ٤١١) . وقضت محكمة النقض أيضا بأن الشفعة جائزة في الهبة المستمرة في صورة البيع ، ذلك أن الشفيع ، بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة ، من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين =

فاذا كان عقد البيع غير باطل ولا صوري ، فهو بيع موجود ، ويجوز كما قدمنا الأخذ فيه بالشفعة . ويعتبر بيعا موجودا ، ويجوز الأخذ فيه بالشفعة ، البيع الابتدائي . ذلك أن البيع الذي يسمى عادة بالبيع الابتدائي هو بيع تام بات ، يلتزم فيه البائع بنقل الملكية وضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية ، ويلتزم فيه المشتري بدفع الثمن وملحقاته . وإنما سمي بالبيع الابتدائي

= المتعاقدين ، البائع والمشتري ، فله أن يتمسك بالمقد الظاهر دون المقد المستر ، ومن ثم لا يجوز أن يحاج بالمقد المستر إلا إذا كان هذا المقد مسجلا أو كان هو علما بصورية المقد الظاهر أو بوجود ورقة الضد (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦١ ص ١٠٦٣) . وانظر أيضا في هذا المقضى نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦١ ص ٤٥٢ - ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٨ ص ٧٥٦ - ٢٥ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٠٤ ص ٦٣٥ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢١٧ ص ١٣٨٤ .

وبالرغم من استقرار القضاء كما نرى على أن الشفع يعتبر من الغير ، لا يحسن هذا إلا أن نلاحظ مرة أخرى أن الغير في الصورية إما أن يكون دائئا شخصيا لأحد طرفي العقد الصوري ، أو خلفا خاصا لأحد منهما . وظاهر أن الشفع ليس دائئا شخصيا ، لا للبائع ولا للمشتري . وليس هو كذلك خلفا خاصا للمشتري تلقى منه حقا ، فهو إنما يتلقى ملكية المقار المشفوع فيه من البائع لا من المشتري . وليس هو أخيراً خلفا خاصا للبائع استجد بعد العقد الصوري ، فهو إنما حل محل المشتري وأصبح أحد طرفي البيع والبائع هو الطرف الآخر ، ولم يقل أحد إن أحد طرفي العقد الصوري يكون من الغير فيه . ومثل الشفع وهو يستمد حقه من البيع الصوري فلا يعتبر من الغير فيه كمثل المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير إذا كان هذا الاشتراط صوريا ، فلا يعتبر المنتفع من الغير لأنه يستمد حقه من الاشتراط الصوري ، ولا يجوز له أن يتمسك بهذا الاشتراط على التمهيد بدعوى أنه من الغير وأنه حسن النية لا يعلم أن الاشتراط صوري .

أما الفقه المصري فهو منقسم في هذه المسألة . فهناك رأى يتمشى مع ما ذهب إليه القضاء ويقول إن الشفع يعتبر من طبقة الغير في الصورية فله أن يتمسك بالمقد الظاهر إذا كان حسن النية (محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٥٨ - عيد المنم اليدراوى فقرة ٤٢٩ - اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١١٤ ص ٢٣٧ وفي الحقوق البينية الأصلية ص ٨٨ - ص ٨٩ - حسن كبرية ص ١٣ وص ٢٠) . وهناك رأى آخر يذهب إلى أن الشفع لا يعتبر من طبقة الغير في الصورية (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٣٧ ص ٣٢٦ - أحمد نشأت في رسالته في الإثبات فقرة ٤٤١ مكررة ب - عيد المنم فرج الصدة فقرة ٣٠٦) - واكتفى بعض الفقهاء بمرض الخلاف دون أن يتخذ موقفا فيه (منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٦ ص ٣٤٩) .

لأن الالتزامات المتقدم ذكرها لا يقصد المتعاقدان تنفيذها في الحال ، بل تبقى موقوفة إلى حين تحرير العقد النهائي المعد للتسجيل والذي اتفق المتعاقدان على إبرامه في ميعاد معين . والذي يدعو المتعاقدين إلى إبرام هذا العقد الابتدائي قبل إبرام العقد النهائي يكون عادة اعتبارات عملية محضة ، فقد يريد المشتري بعد أن قيد البائع بالبيع وتقيده هو بالشراء أن يبحث عن حالة العقار ، فإذا ما رآه خاليا من التكاليف أبرم العقد النهائي ، وإلا فسخ العقد الابتدائي . وقد يريد المشتري أن يتسخ له الوقت لتدبير الثمن ، فيكتفي عادة بدفع عربون حتى إذا مادبر باقي الثمن أبرم العقد النهائي . ولكن الغالب أن الذي يدعو إلى إبرام العقد الابتدائي قبل إبرام العقد النهائي هو أن تسجيل البيع يقتضى إجراءات تستغرق مدة طويلة ، ويريد كل من الطرفين أن يقيد الآخر بعقد ابتدائي إلى أن تتم الإجراءات اللازمة للتسجيل فببرم العقد النهائي . فالبيع الابتدائي إذن هو بيع تام ملزم للطرفين ، وإذا امتنع أحد الطرفين دون مبرر عن القيام بالتراماته جاز للطرف الآخر إجباره على ذلك^(١) . ولما كان البيع الابتدائي ينشئ على هذا النحو كل آثار البيع ، فان الشفعة تجوز فيه كما

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن وصف العقد بأنه عقد ابتدائي ، أخذاً بالعرف الذي جرى على إطلاق هذا الوصف على عقود البيع التي لم تراخ في تحريرها الأوضاع التي يتطلبها قانون التسجيل ، هذا الوصف لا يحول دون اعتبار البيع باتاً لازماً متى كانت صيغته دالة على أن كلا من طرفيه قد ألزم نفسه بالوفاء بما التزم به على وجه قطعي لا يقبل العلول (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢٨ ص ٢٨٢) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا حرر عقد ابتدائي يبيع نصيب القصر في أرض اشترط فيه أنه لا يكون نافذاً إلا بعد موافقة المجلس الحسبي عليه ، ثم قرر المجلس الترخيص الوصية في بيع هذه الأرض بالشروط الواردة في العقد الابتدائي إلا فيما يتعلق بالثمن فقد رفضه إلى الحد الذي وصلت إليه المزايدة التي أمر بأجرائها تمهيداً لإقرار البيع ورست على نفس المشتري بالعقد الابتدائي ، فإن هذا القرار لا يعتبر ملفياً لهذا العقد ، وإنما هو مؤيد ومتعم له . وإذن فلا يجوز رفض دعوى الشفعة في الأرض المبيعة بمقتضى ذلك العقد ، بمقولة إنها تكون على غير أساس لزوال هذا العقد بعدم إقرار المجلس الحسبي بإياه (نقض مدني ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٨ ص ٦٢٨) . وانظر أيضاً نقض مدني ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٨١ ص ٥٤٠ - ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣١ ص ٢٣٠ - وانظر في المسألة الوسيط ٤ فقرة ٤١ - فقرة ٤٣ .

قلعنا وتستحق من وقت صدوره . فاذا بيع عقار يباعا ابتدائيا وكان لهذا العقار شفيع ، استطاع الشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة من وقت صدور العقد الابتدائي ، وتسرى مواعيد الشفعة من هذا الوقت ^(١) . وإذا أبرم البيع النهائي فسح البيع الابتدائي ، ولكن إذا كان الشفيع قد طلب الأخذ بالشفعة في البيع الابتدائي ، بقي حقه في الشفعة قائما وبشروط البيع الابتدائي ، حتى بعد إبرام البيع النهائي ، وحتى لو تغيرت شروط البيع النهائي عن شروط البيع الابتدائي . ويبدو أن الشفيع ، إذا فاته الأخذ بالشفعة في البيع الابتدائي ، يجوز له الأخذ بالشفعة في البيع النهائي في مواعيد هذا البيع وبشروطه . ولكن إذا هو أسقط شفعت بعد علمه بالبيع الابتدائي ، بأن نزل عنها أو ترك المواعيد تفوت ، لم يستطع بعد ذلك الأخذ بالشفعة في البيع النهائي إلا إذا اختلفت شروطه عن شروط البيع الابتدائي ، وبخاصة إذا انقضى الثمن ^(٢) . وقد يقترن البيع الابتدائي بعربون ، ودفع العربون وقت إبرام العقد الابتدائي يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك (م ١/١٠٣ مدني) . فاذا اتفق المتعاقدان على أن دفع العربون هو تأكيد للعقد فلم يعد

(١) نقض مدني ٢٧ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٣ ص ٥٦٦ - استئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٦٢ ص ١١٤٩ - استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٧ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٩ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٤ - ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٢٧ - ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢ - الوسيط ٤ فقرة ٤٢ ص ٨٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٣ .

وإذا حرر عقد ابتدائي ببيع عقار ذكرت فيه أسماء جميع الورثة كباثمين، ولم يوقع العقد إلا بعض الورثة، فالبيع يعتبر قد تم بالنسبة إلى من وقع منهم ، ويجوز لمن لم يوقع أن يأخذ في هذا البيع بالشفعة . وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان عقد البيع قد حرر باعتباره صادرا من كل الورثة عن جميع المنزل ، إلا أن كل وارث لا يبيع فيه أكثر من حصته التي يملكها . فاذا أمضى العقد أصبح مرتبطا قبل المشتري عن هذه الحصة ، ولا يجوز له أن يتحلل من هذا الارتباط بناء على امتناع باقي الشركاء عن البيع والمشتري أن يطالبه دائما بتنفيذ البيع في حصته . وإقرار الباثمين في العقد بتضامنهم ليس معناه أن الواحد منهم يبيع أكثر من حصته ، ولا أن انعقاد البيع فيها لا يتم إلا إذا باع باقي الورثة حصصهم ، بل معناه أن الواحد منهم ضامن صحة ونفاذ البيع في حصته ثم في حصص الآخرين أيضا (نقض مدني أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٥ ص ٥٨٠) - وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٦٤ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ٤٣ ص ٨٥ - ص ٨٦ .

لأحد منهما حق العدول عنه ، كان العقد الابتدائي باتا ملزما على الوجه الذي تقدم ذكره ، وجاز الأخذ فيه بالشفعة على النحو الذي أسلفناه. أما إذا لم يتفق المتعاقدان على أن دفع العربون هو تأكيد للعقد ، كانت دلالة العربون هي أن كلا من المتعاقدين قد حفظ لنفسه الحق في العدول عن البيع في نظير أن يدفع قيمة العربون للطرف الآخر . وقد اختلف في تكييف العربون في الفقه الفرنسي ، فبعض يذهب إلى أنه يجعل البيع معلقا على شرط فاسخ فينفذ البيع في الحال ولكن يجوز لكل من المتعاقدين فسخ البيع فيخسر العربون ، وبعض يذهب إلى أنه يجعل البيع معلقا على شرط واقف فلا ينفذ البيع إلا إذا انقضت المدة المتفق عليها دون أن يعدل أحد الطرفين عنه . وقد سبق أن كيفنا العربون بأنه مقابل للرجوع في البيع ، فيكون هو البذل في التزام بدلي ، ويكون المدين ، بائعا كان أو مشتريا ، ملزما أصلا بالالتزام الوارد في البيع ، ولكن تبرأ ذمته من هذا الالتزام إذا هو أدى العربون^(١) . وسواء كيف العربون بأنه يجعل البيع معلقا على شرط فاسخ أو شرط واقف ، أو كيف بأنه بدل في التزام بدلي ، ففي جميع الأحوال لا يمنع العربون عقد البيع من أن يوجد ، وإن كان وجوده مقترنا بجواز العدول عنه . وما دام البيع موجودا فإنه يجوز الأخذ فيه بالشفعة ، ومن ثم يجوز الأخذ بالشفعة في البيع الابتدائي اقترن بالعربون أو لم يقترن^(٢) .

وجوز الأخذ بالشفعة أيضا في البيع المعلق على شرط فاسخ أو على شرط واقف ، لأن البيع في الحالتين يكون موجودا وإن كان وجوده على خطر الزوال . ففي البيع المعلق على شرط فاسخ يكون البيع نافذا من وقت إبرامه ، وعلى الشفيع أن يراعى مواعيد الشفعة ، وتسرى من وقت إبرام العقد . فإذا أخذ بالشفعة في مواعيدها ، حل محل المشتري في البيع المعلق على شرط فاسخ ،

(١) أنظر في كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٤٦ .

(٢) نقض مدني ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٢ ص ٣٩٥ - عكس ذلك استئناف مخلط ٦ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٩ (عدم جواز الأخذ بالشفعة إلا إذا أصبح البيع بالعربون باتا ولم يعدل عنه أحد طرفيه) - عكس ذلك أيضا شفيق شحاتة فقرة ٢٦٦ - محمد عل عرفة ٢ فقرة ٢٦٠ ص ٤٤٨ .

فاذا ما تخلف الشرط صار البيع باتا ، وإذا ما تحقق زال البيع بأثر رجعي كما كان يزول بالنسبة إلى المشتري لو لم يأخذ الشفيع بالشفعة^(١) . أما إذا فوت الشفيع مواعيد الشفعة محسوبة من وقت إبرام العقد كما قدمنا ، فإن جقه في الشفعة يسقط ، ولم يجز له إذا تخلف الشرط الفاسخ وأصبح البيع باتا أن يأخذ بالشفعة في مواعيد جديدة يحسبها من وقت تخلف الشرط . وفي البيع المعلق على شرط واقف يكون البيع غير نافذ ، ولكنه يكون موجودا ، فيجوز الأخذ فيه بالشفعة^(٢) كما قدمنا ، وتحسب مواعيد الشفعة في الشرط الواقف ، كما

(١) وقد كان هذا هو حكم الشفعة في بيع الوفاء عند ما كان هذا البيع جائزا ، وهو بيع معلق على شرط فاسخ . فكان يجوز للشفيع أن يأخذ المقار المبيع وفاء بالشفعة ، فإذا استرد البائع المبيع زال البيع بأثر رجعي ، ووجب على الشفيع رده للبائع وفاء ويسترد منه ماضيه عند الأخذ بالشفعة (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجلة التشريع والقضاء ٤ رقم ١٥ ص ٢٣ - استئناف مصر ٢٦ أبريل سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٤٣ ص ٢٩ - كوم حادة ١٧ يناير سنة ١٩٣٧ القاماة ١٧ رقم ٤٦٣ ص ٩٢٦ . محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٣٦ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٦٣ ص ٤٥١ - ص ٤٥٢ - وانظر عكس ذلك وأنه لا يجوز الأخذ بالشفعة في بيع الوفاء إلا عنهما يصبح باتا استئناف مختلط أول فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٠٨ - ططا الكلية ١٩ أبريل سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٢٤ ص ٤٦) .

(٢) وهناك رأي يذهب إلى أنه إذا كان الأخذ بالشفعة يجوز في البيع المعلق على شرط فاسخ ، فإنه لا يجوز الأخذ بالشفعة في البيع المعلق على شرط واقف لأنه بيع غير نافذ ، ولأن الشفعة لا تثبت إلا في البيع الذي يكون من شأنه خروج المقار من ملك البائع خروجا باتا قاطعا (أنظر في هذا المعنى استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٦٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٦٣ ص ٤٥١) . ولوصح أن الشفعة لا تثبت إلا في البيع الذي يكون من شأنه خروج المقار من ملك البائع خروجا باتا قاطعا ، لوجب عدم جواز الأخذ بالشفعة أيضا في البيع المعلق على شرط فاسخ ، لأن ملكية المقار في هذا البيع لا تنتقل إلى المشتري انتقالا باتا قاطعا إذ أن البيع يزول بأثر رجعي بتحقيق الشرط الفاسخ .

وقد قضت محكمة النقض بجواز الأخذ بالشفعة في البيع المعلق على شرط واقف ، إذ قضت بأن الحكم الذي يقرر أن حق الشفعة لا يتولد عن العقد الابتدائي المعلق نفاذه على تصديق المجلس المحصي ، وإنما يتولد عن العقد المحرر بعد تصديق المجلس المحصي على بيع نصيب القاصر ، يكون خاطئا (نقض مدني ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٢٣ ص ١١٧) - وانظر أيضا نقض مدني ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٢ ص ٣٩٥ - استئناف مختلط ٩ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٠٥ - وهذا هو الرأي السائد في الفقه المصري : محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٢٥ ص ٣٠٩ - شفيق شحاتة فقرة ٢٦٤ ص ٢٧٤ - عبد المنعم البدراوي فقرة ٤٣٥ ص ٤٦١ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٤١ ص ٣٣٣ - إسماعيل غانم ص ٣٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٥ ص ٤٥٠ - ص ٤٥١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٩ ص ٣٣٣ .

تحسب في الشرط الفاسخ ، من وقت إبرام البيع لا من وقت تحقق الشرط .
 فإذا أخذ الشفع بالشفعة في هذه المواعيد ، حل محل المشتري في البيع المعلق
 على شرط واقف . فإذا تحقق الشرط نفذ البيع بأثر رجعي ونفذت معه الشفعة ،
 وإذا تخلف الشرط زال البيع بأثر رجعي كذلك كما كان يزول بالنسبة إلى
 المشتري لو لم يأخذ الشفع بالشفعة وزالت معه الشفعة . أما إذا فوت الشفع
 مواعيد الشفعة محسوبة من وقت إبرام البيع ، فإن حقه في الشفعة يسقط ،
 ولم يجز له إذا تحقق الشرط الوقت ونفذ البيع أن يأخذ بالشفعة في مواعيد
 يحسبها من وقت تحقق الشرط (١) .

وإذا تقابل المتبايعان قبل طلب الشفعة ، فإذا قلنا مع محكمة النقض إن
 التقابل هو فسخ للبيع القائم لا إنشاء لبيع جديد ، انبنى على ذلك أن البيع يزول
 بالتقابل (ويسمى أيضا بالتفاسخ) ، ويكون زواله بأثر رجعي فيعتبر كأن لم
 يكن . وعلى ذلك لا يستطيع الشفع أن يطلب الأخذ بالشفعة بعد التقابل ،
 لأن البيع الذي يريد الأخذ فيه بالشفعة يكون غير موجود وقت طلب الشفعة ،
 وشرط الشفعة أن يكون البيع قد قام بعد توافر شروط الأخذ بها وأن يبقى
 قائما عند طلبها (٢) . ولكن التقابل لا يكون حتماً فسخاً للبيع القائم ، بل الأمر

(١) والبيع المشروط فيه عدم انتقال الملكية إلى المشتري إلا بعد دفع جميع أقساط الثمن
 تجوز فيه الشفعة ، سواء اعتبرنا الشرط فاسخاً أو واقفاً ، لاسيما إذا لوحظ أن الشفع
 لا يستفيد من التسيط الممنوح للمشتري بل يجب عليه إيداع كل الثمن ، فيحل محل المشتري
 في بيع تخلف فيه الشرط الفاسخ أو تحقق فيه الشرط الواقف . أنظر استئناف مختلط ٢ يونيو
 سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٣ - وأنظر عكس ذلك وأن الشفعة لا تجوز استئناف مختلط أول
 فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٠٦ - استئناف وطني ٢١ نوفمبر سنة ١٨٩٥ الحقوق ١١
 ص ٢٨ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٢٨ .

وقد يطلق البائع البيع على شرط عدم استعمال الشفع لشفعة ، فإذا استعملها أنسخ البيع ،
 قاصداً بذلك إسقاط الشفعة إذا استعملت . وهذا الشرط باطل مخالفته للنظام العام ، إذ هو يطل
 بإرادة المتبايعين حقا قرره القانون للشفع . ولما كان الشرط فاسخاً ، فإنه يطل ويبق البيع
 صحيحاً لا شرط فيه (م ١/٢٦٦ مدني) وتجوز فيه الشفعة (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٢٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن التقابل من البيع لا يعتبر بيعاً جديداً يتوله عنه الشفع حتى
 الشفعة ، لأن التقابل أو التراد في البيع هو فسخ له بتراضي الطرفين لا إنشاء لبيع جديد ،
 ومن شأنه في قصد المتعاقدين إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل البيع وعو كل أثر له ، مما لا يكون
 منه أساس لطلب الشفعة . وإذا فني كان التقابل قد حصل قبل طلب الشفعة ، فإنه يعدم أثر البيع -

يتوقف على قصد المتقابلين . فقد يقصدان إلغاء العقد القائم بعقد جديد يزيله دون أثر رجعي ، فيكون هناك عقد بيع أول من البائع إلى المشتري يعقبه عقد بيع ثان من المشتري إلى البائع ، بل إن هذا في نظرنا هو الأصل في التنايل (١) . وفي هذه الحالة لا يستطيع الشفيع أن يطلب الشفعة في البيع الأول لأنه زال بالتنايل ، ولكنه يستطيع طلبها في البيع الثاني وهو البيع الذي يتضمنه التنايل ذاته ، وطبقا لمواعيد هذا البيع الثاني (٢) . وإذا طلب الشفيع الشفعة في مواعيدها في البيع القائم قبل التنايل منه ، ثبت له الحق فيها ولا يسقط التنايل حقه ، سواء اعتبر التنايل فسخا للبيع القائم أو بيعا جديدا (٣) . فإن كان فسخا لم تسقط الشفعة ، لأن الفسخ هنا يكون تفاخفا بالتراضي بين المتبايعين ولا يملك

= الأول ، ولا يبق محل لطلب الشفعة (نقض مدني ٢٥ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٠٥ ص ٦٦١) . وانظر أيضا نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٤ ص ١٦١ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨١ ص ١٧٦ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٢ ص ١٧٧ - وانظر على زكي الرابي ص ١٦ وما بعدها - شفيق شحاتة فقرة ٢٦٤ ص ٢٧٤ هامش ١ - محمد عل مرة ٢ فقرة ٢٦٧ ص ٤٥٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٣٤ ص ٤٦٠ - منصور مصطفي منصور فقرة ١٣٩ ص ٢٢٢ . (١) الوسيط ١ فقرة ٤٥٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٠ ص ٢١٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٥ ص ٤٥٢ - ص ٤٥٣ .

(٢) أنظر المادة ٩٣٨ مدني وسيجيء ذكرها (أنظر مایل فقرة ١٧٢) . وقد يقال كيف يأخذ الشفيع بالشفعة في البيع الثاني وهو صادر لنفس المالك القديم ، فلم يتغير على الشفيع المالك بل عاد كل شيء إلى أصله كما كان قبل البيع الأول . ويمكن الرد على هذا الاعتراض بأنه من المحتمل أن يكون الشفيع إنما يتضرر من هذا المالك القديم بالذات ، ولم يكن له بدمن اجهاله قبل أن يفتح له باب الشفعة . فلما صدر البيع من هذا المالك القديم وتغير المالك ، رحب الشفيع بالمالك القديم ولم يأخذ منه بالشفعة . ثم لما تنايل المتبايعان وعاد المالك إلى المالك القديم الذي كان الشفيع يتضرر منه ، لم يلبث الشفيع أن طلب الشفعة بعد أن افتتح بابها أمامه . كذلك لا يمنع الأخذ بالشفعة أن الشفيع كان فيما مضى مالكا للمقار المبيع ، ثم خرج عن ملكه كأن باعه مثلا لشخص ثم باعه هذا الشخص لشخص آخر ، فيأخذ البائع الأول المقار بالشفعة إذا توافرت شروطها (استئناف مغلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٢ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٦) .

(٣) الفيض ٢٢ مارس سنة ١٩٢٢ الحامدة ٣ رقم ٢١٩ ص ٢٨٧ .

هذان إسقاط الشفعة بتراضيهما^(١) . وإن كان يباعا جديدا أعقب البيع الأول ، فإن الشفع قد طلب الشفعة في البيع الأول فلا يسقط حقه بالبيع الثاني ، وإنما يسقط هذا الحق لو أنه لم يطلب الشفعة قبل البيع الثاني فيتعين عليه في هذه الحالة أن يطلب الشفعة في البيع الثاني لا في البيع الأول (م ٩٣٨ مدني وسيجيء ذكرها^(٢)) . وهذا لا يمنع الشفع ، إذا كان قد طلب الشفعة في البيع الأول قبل التقابل منه ، أن يتزل عن هذا الطلب ويطلب الشفعة في البيع الثاني^(٣) .

ويجوز الأخذ بالشفعة حتى في البيع القابل للإبطال ، فالبيع الباطل هو الذي لا يؤخذ فيه بالشفعة لأنه غير موجود ، أما البيع القابل للإبطال فبيع موجود نافذ ، ولا يزول إلا إذا حكم بإبطاله . وعلى ذلك يجوز الأخذ بالشفعة في البيع الصادر من القاصر دون إذن المحكمة وفي البيع الذي شابه غلط أو تدليس أو إكراه ، في المواعيد المقررة وتسرى منذ إبرام البيع القابل للإبطال . فيحل الشفع محل المشتري في هذا البيع ، ويكون مثله معرضا للمطالبة بإبطال البيع من البائع . فإذا أجاز البائع البيع زال سبب الإبطال ، وانقلب البيع صحيحا بأثر رجعي ، وأصبحت ملكية الشفع للعقار المشفوع فيه ملكية بآنة نهائية . أما إذا طلب البائع إبطال البيع وحكم له بذلك ، فإن البيع يزول بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن ، وتزول ملكية الشفع عن العقار وتعود إلى البائع ، كما كان يقع للمشتري لو لم يأخذ الشفع بالشفعة . وإذا فوت الشفع مواعيد الشفعة التي تحسب منذ إبرام البيع القابل للإبطال كما قدمنا ، ثم أجاز البائع البيع

(١) قارن محمد عل عرفة ٢ فقرة ٢٦٧ ص ٤٥٦ (ويذهب إل أنه يجب رفع دعوى الشفعة قبل التقابل حتى لا يسقط التقابل الحق في الشفعة) . أما إذا لم يكن الفسخ بالتراضي أى بالتقابل ، بل كان فسحا بحكم القضاء ، بأن أغل المشتري مثلا بالتزاماته فعلم للبائع بالفسخ ، فإن الفسخ هنا بماله من أثر رجعي يحمل البيع كأن لم يكن ، ويعتبر البيع غير موجود منذ البداية ، فتسقط الشفعة المؤسسة على هذا البيع . وهنا لم يكن الفسخ بتراضي المتبايعين حتى يقال ، كما قيل في التقابل ، إن المتبايعين لا يملكان بتراضيهما إسقاط حق الشفع (شفيق شحاتة فقرة ٣٦٣ ص ٢٧٤) .

(٢) أنظر مايل فقرة ١٧٢ .

(٣) وكذلك لو سقط طلبه الشفعة في البيع الأول ، جاز له أن يطلبها في البيع الثاني (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٠ ص ٣١٢ - عبد المنعم فرج الصفة فقرة ٢٠٥ ص ٤٥٢) .

فانقلب بيعا صحيحا ، لم يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة ولم تفتح له مواعيد يبدأ صريحتها منذ إجازة البيع (١) .

ويخلص مما تقدم أن الشفعة لا تجوز إلا في البيع (٢) . فأى سبب آخر لكسب

(١) المنصورة الجزئية ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٣٧٩ ص ٥٧٨ - حل زكى المراء
فقرة ١٨ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣١٢ - محمد علي عرق ٢ فقرة ٢٦٢ ص ٤٥٠ .
وقريب من البيع القابل للإبطال البيع غير النافذ في حق المالك ، ويجوز الأخذ بالشفعة فيه .
فاذا كان البيع صادرا من وكيل عزله المالك يكتب سجل سابق حل البيع ، جاز للمحكمة أن
تفقد الشفيع بالشفعة في هذا البيع ، فاذا أقر المالك البيع خلصت للشفيع ملكية المقار المشفوع
فيه (نقض مدني ٨ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٨ ص ٤٠٩) . كذلك تجوز
الشفعة في بيع ملك الغير ، وهو بيع قابل للإبطال من جهة وغير نافذ في حق المالك من جهة
أخرى . فاذا أخذ الشفيع فيه بالشفعة ، وأجاز المالك الحقيقي البيع ، استقرت ملكية الشفيع في
المقار المشفوع فيه ، لأن البيع بإجازة المالك الحقيقي ينقلب صحيحا نافذا . ويلاحظ أن
قابلية بيع ملك الغير للإبطال قد تقررت لمصلحة المشتري ، فان أخذ الشفيع بالشفعة وحل محل
المشتري ، لم يجوز له طلب إبطال البيع كما كان يجوز للمشتري ، لأنه لما أخذ بالشفعة يكون
قد أجاز البيع .

(٢) وبالشروط الواردة فيه دون أي تحوير فيها ، فلا يجوز للشفيع أن يبيع نفسه من
هذه الشروط ، كما لو اشترط البائع على المشتري أن يبيع في الأرض المبيعة منزلا للسكنى
أو أن يحافظ على مستوى الأرض الجبال (استئناف مخطط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٦) .
كما لا يجوز للشفيع أن يضيف شرطا ليس واردا في البيع ، كأن يشترط أن يكون المقار المبيع
لم ترفع دعوى استحقاق عنه أو من جزء منه (استئناف مخطط ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧
ص ٢٢٤ - ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ - ٢٠٢ - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٤٤) .
وإذا كان الثمن في البيع إيرادا مرتباً مدى حياة البائع ، ولم يكن ملحوظا في البيع
شخصية المشتري ، فيبدو أن الشفيع يستطيع الأخذ بالشفعة ويلتزم بدفع الإيراد للبائع مدى
حياته ، ولا يودع خزائن المحكمة بعد طلب الشفعة إلا ما يكون مستحقا من أقساط الإيراد .
ويجوز أن تطلب المحكمة من الشفيع كفالة تضمن دفع الإيراد ، كما يجوز للشفيع أن يدفع
لإحدى شركات التأمين رأس مال في مقابل أن تدفع الشركة للبائع أقساط الإيراد مدى حياته .
أنظر عكس ذلك وأن الشفعة لا تجوز إذا كان الثمن إيرادا مرتباً محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٢٧
- فورجير ص ١٣٢ - ص ١٣٣ .

ولا يعتبر الأخذ بالشفعة بيعا يؤخذ فيه بالشفعة ، فاذا طلب الشفيع الشفعة ثم سقط حقه
فيها ، وطلب شفيع آخر نفس المقار بالشفعة وحكم له بها ، لم يجوز للشفيع الأول طلب
الشفعة مرة أخرى بدعوى أن الحكم بالشفعة للشفيع الثاني يعتبر بيعا ينزله حقا جديدا في الشفعة .
فالشفعة إذا تمت لشخص ، لم تجز الشفعة من هذا الشفيع (استئناف مخطط ١٢ ديسمبر سنة
١٩٠٩ م ١٤ ص ٤٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤٥)

الملكية كالميراث والالتصاق والتقدم لا تجوز فيه الشفعة ، ولا تجوز في أى تصرف قانونى آخر كالوصية والتقسمة والصلح والهبة ولو بعوض والشركة والوفاء بمقابل والمقايضة ولو بمعدل . ويشترط فى البيع ، حتى يجوز الأخذ فيه بالشفعة ، أن يكون موجودا ، فإذا كان غير موجود كالبيع الباطل والبيع الصورى فلا شفعة . ومتى وجد البيع بعد توافر شروط الأخذ بالشفعة وبقي قائما إلى وقت طلبها جاز الأخذ بها ، سواء كان البيع صحيحا نافذا . فعقد البيع النّهائى وعقد البيع الابتدائى والبيع بالعربون والبيع المعلق على شرط فاسخ والبيع المتقابل فيه ، أو كان صحيحا غير نافذ كالبيع المعلق على شرط واقف ، أو كان غير صحيح ما دام موجودا كالعقد القابل للإبطال .

ويقع على الشفيع عبء إثبات البيع ، وأن هذا البيع قد قام بعد أن توافر فى الشفيع شروط الأخذ بالشفعة ، وبقي قائما إلى وقت طلبها^(١) . ولما كان البيع ، بالنسبة إلى الشفيع ، يعتبر واقعة مادية كما قدمنا وهو لم يكن طرفا فيه ، فإن للشفيع أن يثبت بجميع طرق الإثبات ويدخل فى ذلك البينة والقرائن ، ولو زاد الثمن على عشرة جنيهات كما هو الغالب^(٢) . ولكن الذى يقع فى العمل أن الشفيع كثيرا ما يستغنى عن إثبات البيع ، إما بالإقرار الصادر من البائع أو المشتري فى الإنذار الرسمى الصادر منه إلى الشفيع متضمنا ببيان العقار المبيع والثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري (م ٩٤١ مدنى) على

(١) وتنص المادة ١/١١٣٣ مدنى عراقى ، فى هذا الصدد ، على أنه « لا تثبت الشفعة إلا ببيع العقار المشفوع مع وجود السبب الموجب لها وقت البيع » . وتنص المادة ٢٤٢ من قانون الملكية المقارية اللبنانية (المدلة بقانون « شباط سنة ١٩٤٨) على أن « يعود حق الشفعة للأشخاص المذكورين فى المادة ٢٣٩ الذين يكون تاريخ سند تملكهم سابق لتاريخ سند تملك المشتري » .

(٢) قارن محمد على عرفة ٢ فقره ٢٦٦ - ويجوز للشفيع ، فى إثبات البيع فى دعوى الشفعة ، أن يوجه اليمين الحاسمة . فإذا حلفها البائع أو المشتري ، لم يعد للشفيع طريق آخر لإثبات البيع . وليس من الضرورى أن يحلف اليمين كل من البائع والمشتري ، فإن أحدهما إذا حلفها اتفق البيع ، إذ لا بد لوجوده من أن يرضى به كل منهما (كفر الشيخ الكلية ٢٦ مايو سنة ١٩٥٢ المخاماة ٣٤ رقم ٢١٠ ص ٤٩٨ - محمد على عرفة ٢ فقره ٢٦٦ ص ٤٥٠) . ولا يكتفى نكول أحدهما عن حلف اليمين ، بل لا بد من نكول كليهما ، إذ الإقرار الذى يتضمنه النكول لا بد أن يصدر من طرف البيع فالبيع لا يتم إلا براضيهما .

ما سنرى ، أو بتسجيل البيع نفسه إذا لم يوجه للشفعين هذا الإنذار إذ يبقى حقه في الشفعة قائما حتى تنقضى أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع (م ٩٤٨ ب مدني) كما سيحيى .

١٧١ - **جواز الاقتصار بالشفعة في البيع غير المسجل** : قبل صدور قانون التسجيل في سنة ١٩٢٣ كان البيع غير المسجل ينقل الملكية إلى المشتري ، ولم يكن التسجيل لازما حينئذ إلا للاحتجاج بالبيع على الغير . فلم يرق إذ ذاك خلاف فيما إذا كان يصح الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل ، فقد كان هذا البيع يجعل المشتري مالكا فتجتمع فيه صفة المشتري وصفة المالك في وقت واحد . فكان يجوز للشفعين أن يأخذوا بالشفعة العقار من المشتري قبل أن يسجل هذا عقده ، إذ أنه كان يأخذه من مشتري هو في الوقت ذاته مالك . ولما صدر قانون التسجيل في سنة ١٩٢٣ ، أصبح البيع غير المسجل لا ينقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين ، ولا يترتب عليه إلا نشوء التزامات شخصية . فقام خلاف في أول الأمر فيما إذا كان البيع بعد صدور قانون التسجيل قد أصبح عقدا شكليا لا ينعقد باعتباره بيعا - وليس فحسب لنقل الملكية - إلا إذا سجل . ولكن لما كان البيع غير المسجل يترتب عليه جميع التزامات البائع ومنها الالتزام بنقل الملكية وجميع التزامات المشتري ومنها الالتزام بدفع الثمن ، ولما كان يمكن إجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذا عينيا في بيع غير مسجل عن طريق دعوى صحة التعاقد ، فإن هذا الخلاف لم يدم وقتا طويلا . ومالبت الرأي الذي يقول بأن البيع غير المسجل هو عقد بيع كامل ، يتم بالتراضي دون حاجة إلى التسجيل وينشئ جميع الالتزامات التي ينشئها البيع المسجل ، أن تغلب على الرأي الآخر الذي يقول بأن البيع قد أصبح عقدا شكليا لا ينعقد إلا بالتسجيل . واستقر الرأي الأول بعد مدة قصيرة في الفقه والقضاء ، ولم يعد أحد ينازع فيه منازعة جديدة .

وكان قد تفرع عن الخلاف المتقدم الذكر خلاف آخر يتعلق بالشفعة ، فذهب بعض الفقهاء وبعض المحاكم إلى أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة إلا في البيع المسجل ، ليس فحسب لأن البيع أصبح عقدا شكليا لا ينعقد إلا بالتسجيل فيما

يذهب إليه من يقولون بذلك ، بل أيضا لسبب خاص بالشفعة حتى مع القول بأن البيع بقى عقدا رضائيا بعد صدور قانون التسجيل . ذلك بأن الشفع ، فى رأى من يقولون بأن الشفعة لا تجوز إلا فى البيع المسجل ، إنما يأخذ بالشفعة العقار من تحت يد المشتري إذا أصبح مالكا . فشرط الشفعة عندهم أن تخرج ملكية العقار المشفوع فيه من البائع إلى المشتري ، إذ أن المشتري لا يصبح جارا للشفيع أو شريكا معه فى الشيوع فيتضرر الشفع من جواره أو من شركته ، إلا إذا أصبح المشتري مالكا . فيجب إذن التربص بالشفعة حتى يتحقق الضرر الذى شرعت الشفعة لتفاديه ، أى حتى يصبح المشتري مالكا ، ولا يكون ذلك إلا بتسجيل البيع ، فلا تجوز الشفعة فى بيع غير مسجل (١) .

ولكن هذا الخلاف أيضا لم يدم وقتا طويلا ، فان نصوص قانون الشفعة السابق ، وهو القانون الذى قام الخلاف فى عهده ، صريحة فى أن الشفعة تؤخذ من المشتري ، وهى لا تتكلم إلا عن البيع والبائع والمشتري . ولما كان البيع غير

(١) أنظر مصر الكلية ٨ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤١ ص ٧١٥ - وانظر فى استعراض الحجج الأخرى لقائلين بهذا رأى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤٠ . ومن الأحكام التى أخذت بهذا رأى : استئناف مصر ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢٩٥ ص ٣٣٣ - ١٠ يونيو سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٥٤ ص ٢١٤ - قنا الكلية ٢٥ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ - مصر الكلية ٨ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤١ ص ٧١٥ - مصر المختلطة ٩ أبريل سنة ١٩٢٥ جازيت ١٦ رقم ٣٠٤ ص ٣٠٣ .

ومن أشد مؤيدى هذا رأى الأستاذ محمد على عرفة . ونقطة الابتداء عنده أن شرط الشفعة الأساسى ، فيما يرى ، هو خروج العقار المشفوع فيه من ملك صاحبه خروجاً باتاً . ولذلك يرى أن عقد البيع الابتدائى والبيع المعلق على شرط واقف لا يؤخذ فيما بالشفعة لأنهما لا ينتقلان ملكية العقار المبيع فوراً إلى المشتري ، وكذلك يرى أن البيع غير المسجل لا يؤخذ فيه بالشفعة لأنه هو أيضا لا ينتقل الملكية إلى المشتري (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٨ ص ٤٥٧) . ولكن نصوص القانون لا تسمح بالقول إنه يشترط للأخذ بالشفعة خروج ملكية العقار المشفوع فيه إلى المشتري ، وكل ما تشترطه النصوص هو « بيع » العقار المشفوع فيه لا نقل ملكيته . وكل من البيع الابتدائى والبيع المعلق على شرط واقف والبيع غير المسجل هو « بيع » وإن لم ينتقل الملكية ، فيجوز إذن الأخذ فيه بالشفعة . والمقرر فى مبادئ الشفعة أنه ، فى حين أن العقار المشفوع به يجب أن يكون « مملوكا » للشفيع فإذا كان سند الشفع فى ملكية هذا العقار هو البيع وجب أن يكون مسجلا ، لا يشترط فى العقار المشفوع فيه إلا أن يكون « مبيعا » فيكون مبيعا حتى لو كان البيع لم يسجل .

المسجل ، حتى بعد صدور قانون التسجيل وقانون الشهر العقارى ، هو بيع كامل كما فهمنا ، فيجوز إذن الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل . ونصوص الشفعة في التتمين المدنى الحديد لا تقل صراحة في هذا الشأن عن نصوص قانون الشفعة السابق ، بل يتصدر هذه النصوص نص يعرف الشفعة بأنها « رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري » (م ٩٣٥ مدنى) ، فالشفعة إذن جائزة في بيع العقار ، ولا يزال بيع العقار « بيعا » ولو لم يسجل . ثم إن الأخذ بالشفعة في بيع غير مسجل يؤدى إلى نفس النتيجة التى يؤدى إليها الأخذ بالشفعة في بيع مسجل ، وهى أن يملك الشفع العقار المشفوع فيه . فالشفيع فى البيع غير المسجل محل محل المشتري فى حقوقه ، ومن هذه الحقوق التزام فى ذمة البائع بنقل الملكية إلى المشتري . فيصبح البائع ملتزما نحو الشفع ، بعد أن حل هذا محل المشتري ، بنقل ملكية العقار المبيع إليه . ويستطيع الشفع أن يجبر البائع على تنفيذ هذا الالتزام تنفيذا عينيا ، كما كان يستطيع المشتري . بل إن الحكم بثبوت الشفعة للشفع ، إذا سجل - ويستطيع الشفع أن يقوم بتسجيله - ينقل ملكية العقار المبيع فعلا من البائع إلى الشفع . بضاف إلى ذلك أن التبرص بالشفعة حتى يسجل البيع ، وقد يطول انتظار الشفع حتى يتم هذا التسجيل ، من شأنه أن يجعل ملكية العقار مقلقلة غير مستقرة مدة غير قصيرة . بل إن المشتري قد يتعنت ، إذا هو أمن جانب البائع ولم يخش عنه التصرف فى العقار مرة أخرى ، فيبقى البيع دون تسجيل إذ أن أمر التسجيل فى يده ، فيعطل بذلك حق الشفع المدة التى يريد (١) .

(٢) ومن الأحكام التى أخذت بأن الشفعة تجوز فى البيع غير المسجل : استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ م ٢١٧ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ م ٢٦٤ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ م ١٠٢ - ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ١٤٢ - ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ م ١٨٠ - ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ م ١٩٦ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٤٦ م ٧٥ - ١٠ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ م ١٧٤ - ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ م ٩١ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ م ١١٤ - ١٢ يونيه سنة ١٩٤٥ م ٥٧ م ١٣٩ - ٢٦ يونيه سنة ١٩٤٥ م ٥٧ م ١٩٠ - مصر الكلية ٢ مايو سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٤٦ م ٨٢ - أسبوط الكلية ٢٨ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١١٣ م ١٦٢ - المنصورة الكلية ١١ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٤٩٥ م ٨٠٥ - مصر الكلية ١٠ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٦ م ٣١ .

هذه الأسباب وغيرها (١) كانت من الوجاهة بحيث لم تجمل الخلاف بدوم طويلا كما قدمنا . وما لبث الفقه أن انحاز بحق إلى الرأي الذى يقول بأن الشفعة تجوز في البيع غير المسجل (٢) ، ثم مالبت القضاء أيضا أن انحاز إلى هذا الرأي . فقضت محكمة استئناف مصر بدوائرها المجتمعة في ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ بأن الشفعة تجوز في البيع غير المسجل ، لأن نقل الملكية ليس ركنا من أركان البيع ، ولأن قانون التسجيل لم ينص على بطلان العقد غير المسجل ، ولأن التسجيل إنما شرع لصالح المشتري وهو بيده فلا يمكن أن يؤثر التقصير في إجراء التسجيل أو التعمد في عدم التسجيل من جانب المشتري في حق ذوى الشأن قبله ، ولأنه إذا قيل بأن الشفيع لا يملك حق الشفعة إلا من تاريخ التسجيل نكون قد وسعنا في حق الشفعة بتضييق مسقطاتها خلافا لنصوص القانون ولطبيعة حق الشفعة باعتباره حقا ضعيفا لا يصح التوسع فيه ، ولأدى ذلك إلى عدم استقرار الملكية في يد أربابها وهو ما أراد القانون تلافيه بالنص على مسقطات الشفعة وبمحصر المواعيد في إجراءاتها وفي طرق الطعن في الأحكام الصادرة فيها ، وأخيرا لأنه لا ضرر على المشتري من استعمال الشفيع حقه في الشفعة قبل التسجيل لأن الشفيع إنما يحل محله في البيع بشروطه ، وإنما الضرر في السماح للمشتري بتعطيل حق الشفعة والتلاعب بأحكام القانون بتأخير تسجيل عقده (٣) . وقد تواترت الأحكام بعد ذلك بهذا المعنى ، واستقر القضاء على هذا المبدأ (٤) .

(١) أنظر في استعراض المجمع الأخرى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٩ - وانظر في الرد عليها محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٦٩ .

(٢) درود الفقه في هذا الرأي هم الأستاذ حامد فهمي في بحثه في مجلة المحاماة ٥ ص ٧٢٩ وما بعدها ، والأستاذ عبد السلام ذهني في كتابه في الأموال ص ٦٦٩ - ص ٧٠٨ ، والأستاذ صليب ساي في بحثه في مجلة المحاماة ٨ ص ٦٦٨ وما بعدها .

(٣) استئناف مصر (دوائر مجتمعة) ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢١ ص ٤٦ - المحاماة ٨ رقم ٢٢٧ ص ٢٩٨ .

(٤) استئناف مصر ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٤ ص ٧١٣ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٥ ص ٦٢٥ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٩ ص ٦٣٠ - ٧ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٦٢ ص ١١٤٩ - ٢٥ مارس سنة ١٩٤١ -

وأكد استقرار القضاء أن محكمة النقض قررت نفس المبدأ في أحكام متوالية ، وأقرت محكمة استئناف مصر بدوائرها المختصة على قضائها . فقضت في ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ بأنه من المقرر أن ملكية الشفع للعقار الذى يشفع به يجب أن تكون ثابتة وقت بيع العقار الذى يشفع فيه ، وأن الشفعة جائزة فى العقار المبيع ولو كان عقد البيع لم يسجل ، ولقد سبق للدوائر المختصة لمحكمة الاستئناف أن بحثت هذا الموضوع على ضوء النصوص الواردة فى قانونى الشفعة والتسجيل ، وأصدرت فيه حكما فى ٣ من ديسمبر سنة ١٩٢٧ قالت فيه إن حق الشفعة الذى ينشأ من يوم البيع لا يمكن تعليقه على حصول تسجيل العقد أو القول بتولده من يوم التسجيل فقط ، ومحكمة النقض تقرر هذا الحكم والمقومات التى أقيم عليها (١) . وقضت أيضا فى ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ بأنه يجب ثبوت ملكية الشفع للعقار الذى يشفع به وقت قيام سبب الشفعة ، أى وقت انعقاد بيع العقار الذى يشفع فيه ، ولا عبرة بتاريخ تسجيل هذا البيع لأن حق الشفعة يتولد عن عقد البيع ولو لم يكن مسجلا (٢) . وقضت كذلك بأنه لا يشترط قانونا فى البيع الذى تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ (٣) .

ولم يغير التقنين المدنى الجديد فى هذا الأمر شيئا ، فالحجج التى استند إليها الرأى القائل بجواز الشفعة فى البيع غير المسجل فى عهد قانون الشفعة

— الملامة ٢١ رقم ٤٢١ ص ١٠١٠ — المنصورة الكلية ٢١ أكتوبر سنة ١٩٣٠ الملامة ١١ رقم ١٥٩ ص ٢٨٧ — استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٩ — ١٢ يونيه سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٩ — وعلى المشتري الذى يدعى أن هناك عقد بيع غير مسجل يسبق عقد البيع الرسمى المسجل الذى أخذ فيه الشفع بالشفعة ، وأنه كان من الواجب على الشفع أن يأخذ بالشفعة فى العقد الأول غير المسجل ، أن يثبت وجود هذا العقد وأنه صدر فى التاريخ المذكور فيه (استئناف مختلط أول يونيه سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٩) .

- (١) نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٩ ص ٥٦٨ .
- (٢) نقض مدنى ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ .
- (٣) نقض مدنى ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ — وانظر أيضا نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ و ١٨ مايو سنة ١٩٥٠ و ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ فى مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٧١٤ رقم ٥٢ و ٥١ و ٥٣ .

السابق لا تزال قائمة في عهد التقنين المدني الجديد . بل إن الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الجديد تريد هذا الأمر تأكيداً ، ففي محضر جلسة ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ من محاضر لجنة الأستاذ كامل صدقي أجمع أعضاء اللجنة إلا واحداً على عدم النص على اشتراط تسجيل البيع لجواز الأخذ بالشفعة ، وعلى الأخذ بما ذهب إليه قضاء محكمة النقض وسائر المحاكم من أن نقل الملكية والتسجيل ليسا ركناً من أركان البيع وإنما هما أثر من أثاره ، ولذلك لا يجوز جعل تسجيل البيع شرطاً لاستعمال حق الشفعة (١) .

والآن بعد أن استقر القضاء والفقه (٢) على جواز الشفعة في البيع غير المسجل للأسباب الوجبة التي قدمناها ، بقی أن نلاحظ ما يأتي :

(١) وقد ردد أعضاء اللجنة الحجج التي تساق عادة للتدليل على صحة هذا الرأي . فقول مثلاً « إن المشتري بموجب عقد غير مسجل لا تنقصه صفة المشتري » ، وأضيف « أنه كثيراً ما يحدث أن ينفذ المشتري تسجيل عقده ثقة منه في البائع لتأكيد من أن هذا الأخير لن يبيع العقار مرة ثانية لشخص آخر ، ففي مثل هذه الحالة لا يجب أن يحول عدم تسجيل العقد دون استعمال حق الشفعة » . وقيل أيضاً « إن إلزام المشتري بتسجيل عقده معناه القضاء على حق الشفعة ، إذ أنه ... يمكن القول بأن البيع يولد التزاماً بنقل الملكية ، وهذا الالتزام كاف لتكوين صاحب حق الشفعة من استعمال حقه ولولم يتم تسجيل البيع . والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى تعطيل استعمال حق الشفعة بفعل المشتري » . أما العضو الوحيد المعارض في اللجنة فقد لاحظ « أن نقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين لا يتم إلا بالتسجيل ، وإلى أن يتم التسجيل يجوز للبائع أن يبيع العين مرة ثانية ولا يأمن المشتري الذي لم يسجل عقده بجانب من باع له ، فحق الشفع لا يولد إذن إلا إذا كان هناك نقل للملكية . لذا يتعين اشتراط تسجيل البيع لقيام حق الشفعة » (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٤ - ص ٤٠٥ في المباحث) .

(٢) أنظر في الفقه : شفيق شحاتة فقرة ٢٦٥ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٣٧ - إسماعيل غانم ص ٨١ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٣٠٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٩ ص ٣٣٢ - حسن كيرة ص ١٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٣ (جواز الشفعة في البيع الابتدائي وهو بيع غير مسجل) .

ونظر عكس ذلك وأن الشفعة لا تجوز إلا في البيع المسجل محمد حل مرة ٢ فقرة ٢٦٩ - فقرة ٢٧٠ . ويشير الأستاذ محمد حل مرة إلى ما يؤدي إليه الرأي القائل بجواز الشفعة في البيع غير المسجل من نتائج غير مقبولة في نظره ، فيبرز التبعيتين الآتيتين : (١) إذا تقلل البائع والمشتري قبل تسجيل العقد ولكن بعد طلب الشفعة لم يصح التقايل ، ويجبر البائع على المضي في البيع بالرغم من عدوله عنه وتقايله مع المشتري ، ولكن يمتنع في البيع مع الشفع لامتص المشتري . ولا نرى أن هذه نتيجة غير مقبولة ، فالقرار في الشفعة أن كل تصرف يصدر من المشتري إلى الغير يعد تسجيلاً

١ - لم يكن هناك بد من القول بجواز الشفعة في البيع غير المسجل ، ما دما نقول بجواز الشفعة في العقد الابتدائي . فالعقد الابتدائي ، والشفعة جائزة فيه كما قدمنا (١) ، ما هو إلا عقد بيع غير مسجل .

٢ - إذا كان التسجيل لا يشترط في البيع للأخذ بالشفعة ، فإن ثبوت تاريخ البيع أيضا لا يشترط ، وقد رأينا محكمة النقض تقول إنه لا يشترط

= طلب الشفعة لا يسرى في حق الشفيع . فإذا كان التصرف صادراً إلى البائع نفسه - والتقابل تصرف صادر إلى البائع - فإن هذا التصرف لا يسرى في حق الشفيع إذا كان صادراً بعد طلب الشفعة . وذلك بأن البيع الصادر إليه التصرف ليس من غير حق يشترط أن يكون التصرف صادراً بعد تسجيل طلب الشفعة ، بل يكفي أن يكون صادراً بعد طلب الشفعة لا تسجيلها حتى لا يسرى في حق الشفيع . وناقول بغير ذلك هو الذي يؤدي إلى نتيجة غير مقبولة ، إذ لو سلمنا بأن تقابيل البائع مع المشتري بعد طلب الشفعة يسرى في حق الشفيع ، لأمكن للبائع والمشتري أن يتواطأ على إضاعة حق الشفعة . فإنهما إذا رأيا أن الشفيع طلب الشفعة ، تقايلا حتى يضيغ على الشفيع حقه . (٢) من مقتضى القول بثبوت الشفعة في البيع غير المسجل أن الشفيع ، إذا توالى البيوع ، يتعين عليه أن يتابع سلسلة المشتريين المتتابعين حتى قبل تسجيل عقد المشتري الأصل . وفي هذا عنت على الشفيع ، إذ يصح مرفوضاً عليه تتبع كل البيوع المستمرة التي يعقدها المشتري الأول ومن يخلفه حتى تصح شفيعته قانوناً . ولا نرى أن هذا يلحق على الشفيع عبثاً ثقيلاً ، فلنقرر الآن في التقنين المدون الجديد أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة في خلال خمسة عشر يوماً من يوم إنذار البائع أو المشتري له بالبيع . في حق الشفيع إلا أن ينتظر هذا الإنذار ، سواء صدر من المشتري الأول أو من أحد المشتريين المتتابعين بعد المشتري الأول ، فيأخذ بالشفعة في البيع المذكور في الإنذار فتصح شفيعته في هذا البيع . فإذا خطر للمشتري الذي أرسل الإنذار أن يبيع العقار مرة ثانية بعد إرسال الإنذار - وهذا أمر بعيد الاحتمال - فإن الشفيع لا تضيق عليه شفيعته في هذا البيع الجديد ، إذ يجب على المشتري الجديد هو أيضاً أن ينذر الشفيع بالبيع الجديد ، فينتفع بآب جديد للشفعة بطلبها للشفيع في خلال خمسة عشر يوماً من هذا الإنذار الأخير . وهكذا نرى أن الشفيع لا بد أن يعلم ، عن طريق الإنذار ، بكل بيع جديد يرد على العقار المشفوع فيه ، فلا يضيغ عليه حقه في الشفعة في هذا البيع .

والذي يقع عملاً أن الشفيع يتربأ أمرين حتى يحافظ على حقه في الشفعة : إما أن يصله إنذار بالبيع من المشتري أو من البائع فيستعمل حقه في الشفعة عقب هذا الإنذار في الميعاد القانوني ، أو أن يسجل المشتري البيع فيعرف الشفيع عن طريق التسجيل بوقوع البيع وله أربعة أشهر من وقت التسجيل لاستعمال حقه في الشفعة . وليس في كل هذا كبير عنت ، إذا أراد أن يستعمل حقا استثنائياً كحق الشفعة .

في البيع الذي تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ^(١) .
 ذلك بأن الشفع لا يعتبر من الغير لا في الصورية ولا في ثبوت التاريخ ، فإذا
 واجهه المشتري بعقد بيع غير ثابت التاريخ ، كان هذا التاريخ حجة عليه إلى
 أن يثبت عكسه . فإذا كان التاريخ العرفي لعقد البيع سابقا على تاريخ تملك
 الشفع للعقار المشفوع به ، لم يحز للشفع أن يتمسك بأن هذا التاريخ غير
 الثابت لا يحتاج به عليه ، وبأن عقد البيع يجب أن يكون ثابت التاريخ وسابقا
 على تملك الشفع للعقار المشفوع به حتى لا يكون للشفع الحق في الأخذ بالشفعة .
 بل للمشتري أن يتمسك بالتاريخ العرفي لعقد البيع وهو التاريخ السابق على
 تاريخ تملك الشفع للعقار المشفوع به ، وأن يحتاج به على الشفع حتى يسلبه
 الحق في الأخذ بالشفعة . ولكن للشفع أن يثبت بجميع طرق الإثبات أن
 التاريخ العرفي لعقد البيع قد قدم غشا ليكون سابقا على تملك الشفع للعقار
 المشفوع به ، بقصد حرمانه من الأخذ بالشفعة^(٢) . ويرجع ذلك ، لافحسب
 إلى أن الغش هنا يسوغ إثبات عكس ما هو ثابت بالكتابة بجميع الطرق ،
 بل يرجع أيضا إلى أن البيع يعتبر بالنسبة إلى الشفع واقعة مادية كما قدمنا^(٣) ،
 فله أن يثبت واقعة البيع ويتضمن ذلك تاريخها بجميع الطرق^(٤) .

٣ - وإذا كان لا يشترط في بيع العقار المشفوع فيه أن يكون مسجلا
 للأخذ بالشفعة ، فعلى العكس من ذلك يشترط ، إذا كان سند الشفع في ملكية
 العقار الذي يشفع به عقد بيع ، أن يكون هذا البيع مسجلا . ذلك بأن الشفع

(١) نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ وهو
 الحكم السابق الإشارة إليه .

(٢) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٧ ص ٤٥٨ - ٤٥٩ - عكس ذلك عبد المنعم
 البدرأوى فقرة ٤٢٨ ص ٤٥٧ .

(٣) انظر أنفا فقرة ١٠٧ في آخرها .

(٤) قارن مع ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر من أنه يلزم توافر أسباب الأخذ
 بالشفعة لدى الشفع قبل حصول البيع المترتب على الشفعة ، وهذا يقتضي أن يكون تاريخ
 هذا البيع ثابتا بثبوت كافيا للاحتجاج به على الشفع وحده كما لو ذكر في ورقة رسمية ،
 وعندئذ يعد تاريخ هذه الورقة الرسمية تاريخا له ، بما أن طرق إثبات التاريخ غير مينة على
 سبيل الحصر (استئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٦٢ ص ١١٤٩) .

لا يشفع إلا بعقار يملكه كما سنرى (١) ، وهو لا يملك العقار المشفوع به عن طريق البيع إلا إذا كان هذا البيع مسجلاً . ويخلص من ذلك أنه في حين أن بيع العقار المشفوع فيه لا يشترط أن يكون مسجلاً ، يشترط على العكس من ذلك أن يكون بيع العقار المشفوع به مسجلاً وأن يكون التسجيل سابقاً على انعقاد بيع العقار المشفوع فيه .

١٧٢. - الأنظمة بالتفعة عند توالي البيوع - نص قانوني : تنص

المادة ٩٣٨ مدني على ما يأتي :

« إذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها ، ثم باعها . قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة ٩٤٢ ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني ، وبالشروط التي اشترى بها (٢) . ويفرض هذا النص بيوعاً قد توالى ، ويحدد في أي بيع منها يأخذ

(١) أنظر مايل فقرة ١٨٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨٦ من المشروع التمهيدى عل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٠٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٤ - ص ٤٠٠) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق م ٩ : المين الجائز أخذها بالشفعة ، إذا باعها مشترئها قبل تقديم طلب بالشفعة فيها وتسجيله كما هو مذكور في المادة الرابعة عشرة الآتية ، لا تقام دعوى أخذها بالشفعة إلا على المشتري الثاني بالشروط التي اشترى بها . (وحكم قانون الشفعة السابق يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .
ويقابل النص في التقنينات المدنية المربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي ٩٤٢ م (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٣٧ : إذا اشترى أحد عقاراً تجوز الشفعة فيه ، ثم باع

قبل أن يدعى الشفع بالشفعة ، سقطت شفعتها ، وتجددت له شفعة على المشتري الثاني .

(وحكم التقنين العراقي متفق في مجموعة مع حكم التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٠ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : إذا تم

التفرع عن المشفوع لشخص ثالث بقبده في السجل العقاري قبل تقديم دعوى الشفعة ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها . (والقانون اللبناني يشترط للأخذ بالشفعة من المشتري الثاني أن يكون البيع الصادر لهذا المشتري الثاني قد قيد في السجل العقاري قبل أن يرفع الشفع دعوى الشفعة على المشتري الأول) .

الشفيع بالشفعة . ولتبسيط المسألة نفرض أن المالك باع عقاره لمشتري ، ثم ان هذا المشتري باع العقار لمشتري ثان ، فهل يأخذ الشفيع بالشفعة في البيع الأول أو في البيع الثاني ؟ ويستوى في هذا القرض أن يكون المشتري الأول قد سجل عقده قبل أن يبيع للمشتري الثاني أو لم يسجل ، وإن كان الغالب في العمل أن المشتري الأول لا يبيع للمشتري الثاني إلا بعد أن يكون قد سجل عقده . ويستوى كذلك أن يكون المشتري الثاني قد سجل عقده أو لم يسجل ، فقد قلنا أن الشفعة تجوز في البيع غير المسجل .

ويجب النص سالف الذكر على السؤال المتقدم بالتميز بين حالتين :
(الحالة الأولى) أن يكون المشتري الأول لم يبيع العقار للمشتري الثاني إلا بعد أن طلب الشفيع الشفعة في البيع الأول وسجل هذا الطلب . ففي هذه الحالة لا يسرى البيع الصادر من المشتري الأول للمشتري الثاني في حق الشفيع ، إذ تنص المادة ٩٤٧ مدني كما سنرى على أنه « لا يسرى في حق الشفيع . . أى بيع صدر من المشتري ولا . . إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الشفعة » . ومعنى أن البيع الثاني الصادر بعد تسجيل طلب الشفعة لا يسرى في حق الشفيع أن الذي يسرى في حقه هو البيع الأول وحده . وعلى ذلك يأخذ الشفيع بالشفعة في هذا البيع الأول بالشروط الواردة فيه ، والمفروض أنه سجل طلب الشفعة في هذا البيع فيمضي في إجراءات الشفعة إلى غايته (١) . وذلك لا يمنعه ، إذا رأى أن شروط البيع الثاني أيسر أو أن الثمن فيه أقل ، من أن يتزل عن طلب الشفعة في البيع الأول ، ويطلبها في البيع الثاني في مواعيد هذا البيع وبشروطه (٢) .

(١) نقض مدني ٦ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٨٤٢ ص ٨٦٤ - استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٣٢ ص ٤٣٧ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٧٦ - إساعيل غانم ص ٨٧ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان العقار المشفوع فيه مبيعا مع شرط اختيار الغير ، فلا يجوز الاحتجاج على الشفيع بما ترتب على هذا الاختيار من حقوق لمن أدخلوا في الشراء بعد تسجيل إعلان الرغبة ، ولا يسقط حقه في الشفعة لإدخالهم في الدعوى بعد المباد (نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٣١٢) .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٨٤ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٣١٨ ص ٤٧٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٥ .

(الحالة الثانية) أن يكون المشتري الأول باع العقار للمشتري الثاني قبل أن يسجل الشفع طلب الشفعة في البيع الأول ^(١) . ففي هذه الحالة يكون هذا البيع الثاني سارياً في حق الشفع ، لأنه صدر قبل تسجيل طلب الشفعة ، وكل تصرف يصدر من المشتري قبل تسجيل طلب الشفعة يسرى في حق الشفع (مفهوم المخالفة من المادة ٩٤٧ مدني) ^(٢) . وما دام هذا البيع الثاني يسرى في حق الشفع ، فإنه يكون قد فسخ البيع الأول الذي لم يأخذ فيه الشفع بالشفعة أو أخذ بها ولكن لم يسجل طلبه قبل صدور البيع الثاني . وعلى ذلك لا يستطيع الشفع أن يأخذ بالشفعة في البيع الأول المنسوخ ، وكل ما يستطيعه هو أن يأخذ بالشفعة في البيع الثاني الذي يبقى وحده قائماً بعد أن نسخ البيع الأول ، ويكون أخذه بالشفعة في هذه الحالة في مواعيد البيع الثاني وبشروطه ، وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٩٣٨ مدني سالفه الذكر ^(٣) . وما دام الشفع

(١) يقول نص المادة ٩٣٨ مدني كما رأينا : « . . . ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة » . ومعنى ذلك أن يكون البيع الثاني حاصلاً قبل إعلان رغبة الشفع في الأخذ بالشفعة ، أو إذا صدر هذا الإعلان من الشفع قبل تسجيله . وبعبارة أخرى يجب أن يكون البيع الثاني صادراً قبل تسجيل إعلان الرغبة ، سواء صدر هذا الإعلان فلا ولم يسجل ، أو لم يصدر أصلاً فلا يتصور أن يكون قد سجل . وكان الأول من فاحية الصياغة أن يكون النص كما يأتي : « . . . ثم باعها قبل تسجيل رغبة الشفع في الأخذ بالشفعة » (أنظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٩٢ ص ٤٨٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٦) .

(٢) ولا يشترط أن يكون البيع الثاني ثابت التاريخ ، فالتاريخ العرفي كافٍ إذا كان سابقاً على تسجيل طلب الشفعة . والشفع ، وهو ليس من الغير في ثبوت التاريخ ، أن يثبت عدم صحة التاريخ العرفي وأنه قد غشا ليكون سابقاً على تسجيل طلب الشفعة (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٧ ص ٤٧٧ - أنظر عكس ذلك محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٩٣ ص ٤٩٢ - ص ٤٩٣) .

(٣) وقد يبيع المشتري الأول جزءاً مفرزاً من العقار المبيع ويستبقى الجزء الآخر ، فلشفع في هذه الحالة أن يأخذ بالشفعة الجزء المبيع للمشتري الثاني وحده وبشروط البيع الثاني ، وأن يأخذ الجزء الذي استبقاه المشتري الأول وحده بشروط البيع الأول ، وذلك لأن الصفقة قد تفرقت (استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١٩) . ويشترط في الحالتين أن تتوافر شروط الشفعة في الجزء المطلوب أخذه ، فإذا ترقب على التجزئة أن أصبح جزء لا يتوافر فيه شروط الشفعة لم يجوز أخذه (منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٧) =

يأخذ بالشفعة في البيع الثاني دون البيع الأول ، فإنه يترتب على ذلك أنه إذا كان البيع الثاني لا يجوز الأخذ فيه بالشفعة لأي سبب ، امتنع على الشفيع الأخذ بها حتى لو كان البيع الأول يجيزها . ذلك بأن الشفيع يطلب الشفعة في البيع الثاني ولا شفعة فيه ، ولا يستطيع طلب الشفعة في البيع الأول بعد أن نسخه البيع الثاني^(١) . وعلى ذلك إذا كان البيع الثاني صادرا من المشتري الأول إلى زوجه أو أحد من أقاربه أو أصحابه ممن لا يجوز الأخذ منهم بالشفعة ، أو كان المشتري الأول بدلا من أن يبيع العقار وهبه أو قايض عليه ، لم يستطيع الشفيع الأخذ بالشفعة ، فقد فاته الأخذ بها في البيع الأول وامتنع عليه الأخذ بها في التصرف الذي صدر من المشتري الأول^(٢) .

أما إذا باع المشتري الأول جزءا شائعا من العقار المبيع واحتفظ لنفسه بباقي العقار شائعا ، لم يجز للشفيع أن يشفع في جزءه شائع دون الجزء الآخر ، بل يجب عليه أن يطلب الشفعة في كل العقار ، بشروط البيع الثاني في الجزء الشائع الذي باعه المشتري الأول ، وبشروط البيع الأول في الجزء الشائع الذي استبقاه هذا المشتري . وذلك لأنه لو سح للشفيع أن يفرق الصفقة في هذا الفرض ويأخذ بالشفعة جزءا شائعا دون الجزء الآخر ، لاضطر مالك هذا الجزء الآخر أن يقبل الشفيع شريكا معه في الشيوع . أنظر نقض مدني ٣ أبريل سنة ١٩٥٣ بمجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١١٦ ص ٨١٩ - استئناف مخطوط أول مايو سنة ١٩٥٢ م ١٤ ص ٢٧٤ - ٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٠٢ - ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٤٥ - ٦ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٧ ص ٥٠٤ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٩٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٧ . ورفض دعوى الشفعة على المشتري الأول بعد أن باع هذا المشتريان يصححه تدخل المشتري الثاني في الدعوى المرفوعة ، ولأهمية لرفع دعوى جديدة على هذا المشتري الثاني (استئناف مخطوط ٣٠ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١١٤) .

(١) وبالرغم من وضوح هذه المسألة ، نرى لجنة الأستاذ كامل صدق قد ناقشتها مناقشة طويلة اختلفت فيها الآراء ، ولكنها انتهت إلى النتيجة المنطقية التي ذكرناها (أنظر محاضر جلسات ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٧ و ٤ فبراير سنة ١٩٣٨ و ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٨ في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٥ - ص ٤٠٤ في الماشوق - وقارن محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٩٤ ص ٤٩٤) .

(٢) استئناف مخطوط ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٥ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٨٣ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٧٥ - إساعيل خانم ص ٨٦ - ص ٨٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٦ - حسن كيرة ص ١٨ - أنظر عكس ذلك وأن الشفيع يأخذ بالشفعة في البيع الأول إذا كان البيع الثاني لا يجوز فيه الأخذ بالشفعة ولكن بشروط البيع الثاني محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٩٤ ص ٤٩٦ .

وقد يكون التصرف الذي صدر من المشتري الأول ، كبيعه العقار لأحد أقاربه أو هبته للعقار ، تصرفاً سوريا قصد به التحايل لمنع الشفعة . فيجوز للشفيع حينئذ أن يثبت بجميع الطرق (١) صورية التصرف (٢) ، وعند ذلك يكون هذا التصرف غير موجود فلا ينسخ البيع الذي صدر من المالك للمشتري الأول ، ويستطيع الشفيع أن يأخذ بالشفعة في هذا البيع الأول بشروطه وفي مواعيده (٣) . أما إذا كان التصرف الصادر من المشتري الأول بيعاً جدياً ونجوز فيه الشفعة ، فلا يؤخذ بالشفعة إلا فيه كما قدمنا . ويجب على الشفيع في هذه الحالة أن يوجه طلب الشفعة إلى كل من المشتري الأول والمشتري

(١) استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٢ - ويجوز توجيه اليمين الحاسمة إلى المشتري الثاني لإثبات صورية البيع الثاني (استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٦ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٩٨) . وقد قضى بأن كون المشتري الثاني أما أو أختاً أو أماً لمن باع لا يكفي وحده لاعتبار العقد سوريا ، ولا كون البيع الثاني قد تم بشئ أعلى بكثير من الثمن في البيع الأول (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٢) . ومن القرائن على الصورية أن يتم البيع الأول والبيع الثاني في يوم واحد (إسماعيل غانم ص ٨٧) .

(٢) وهذا ما تردد القول به غير مرة في مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدق . فقيل مثلاً « إن السبيل يهد في هذه الحالة لإثبات صورية البيع الثاني » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٥ في الهامش) . وقيل أيضاً بوجوب « أن يطرح جانباً الفرض الذي يكون فيه البيع الثاني بيعاً سورياً ، إذ أن في الوسخ إثبات الصورية أمام القاضي ، كما أن النش لا يكسب حقاً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٧ في الهامش) . وقيل كذلك « يتعين في حالة البيع الحاصل لأحد الأشخاص الذين نصت عليهم المادة .. منع استعمال حق الشفعة .. على أن يظل الشفيع الذي أصابه ضرر في حل دائماً من أن يتسلك بعبداً أن النش يفقد كل شيء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٢ في الهامش) . واقترح أخيراً إقرار النص الآتي : « إذا لم يسجل إعلان الرغبة في الشفعة الحاصل في الميعاد إلا بعد تسجيل (؟) البيع الثاني ، وجب على الشفيع أن يستعمل حقه تبعاً للشروط التي تم بها البيع الثاني . ويجوز للشفيع ، في حالة النش ، أن يستعمل حقه طبقاً لشروط البيع الأول » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٣ في الهامش) .

(٣) استئناف وطني ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ١٧٢ ص ١٥٤ - المنصورة الكلية أول فبراير سنة ١٩١٧ الحقوق ٣٣ رقم ٢٢ ص ٤٣ - استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٢٣ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ١٠٠ - ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٩٢ - ٣٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٤ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٥١٣ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٧٥ ص ٤٨٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٦ ص ٤٧٦ - حسن كيرة ص ١٨ .

الثاني ، دون البائع للمشتري الأول ، لأن الشفعة إنما تطلب في البيع الثاني المبرم ما بين المشتري الأول والمشتري الثاني لا في البيع الأول المبرم ما بين البائع والمشتري الأول^(١) . والأخذ بالشفعة في البيع الثاني يكون ، كما قدمنا ، في مواعيد هذا البيع وبشروطه ، ولا يعتد بشروط البيع الأول^(٢) . فإذا كان الثمن في البيع الثاني أعلى من الثمن في البيع الأول ، كان على الشفيع أن يودع خزانة المحكمة هذا الثمن الأعلى^(٣) ، وكذلك إذا كان ثمن البيع الثاني هو الأدنى كان الثمن الأدنى هو الواجب إيداعه^(٤) .

ولا عبرة بتسجيل البيع في كل ذلك كما قدمنا ، فقد يكون البيع الأول

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يمكن في حالة البيع الثاني اختصام المشتري الثاني والبائع له في دعوى الشفعة ، أما اختصام البائع الأصل فلا يكون لازماً (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٨ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٧١ ص ١٠٩٠) . وانظر استئناف وطني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٢١ ص ٣٣ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٩ ص ٦٣٠ - استئناف أسبوط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٥ رقم ٧٣ ص ١٩٩ - استئناف مخطط ٥ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٤٨ - أول مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٤ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١٩ - ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ١٤ ص ٢٤٥ - ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥٧ - ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٢ ص ٥٠٠ - ٥٠١ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٩٢ ص ٤٩١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٧ ص ٤٧٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٦ .

(٢) استئناف مخطط أول مايو سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية المخططة ٢٧ ص ٢٧٩ - ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٣ .

(٣) وقد أكد أحد أعضاء لجنة الأستاذ كامل صدق « ضرورة حماية المشتري ، إذ لا يتصور أن يحرم هذا المشتري من حقه في بيع المقار الذي اشتراه بالثمن الذي يراه مناسباً ، والذي له مطلق الحرية في تحديده كما يشاء حتى يسجل طلب الشفعة . وأضاف أن هذا الثمن هو الذي يجب على الشفيع أدائه ، وإن زاد عن الثمن المتفق عليه في البيع الأول » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠١ في الخامس) .

(٤) ولا يكون المشتري الأول ملزماً بالضمان إذا نزع المقار من المشتري الثاني بسبب الشفعة (استئناف مخطط ٢٠ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٧٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٦) . كذلك لا يكون المشتري الأول مسئولاً نحو الشفيع إذا هو باع المقار الذي اشتراه ، دون أن يقصد بهذا البيع الإضرار بالشفيع (استئناف مخطط ٢٥ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٢) .

غير مسجل وكذلك البيع الثاني ، ومع ذلك يأخذ الشفع بالشفعة في البيع الثاني بالرغم من أنه غير مسجل^(١).

§ ٢ - البيع النقي لا يجوز الطعن فيها بالشفعة

١٧٣ - نص قانوني : تنص الفقرة الأولى من المادة ٩٣٩ مدني على ما يأتي :

« لا يجوز الأخذ بالشفعة : (أ) إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون . (ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع ، أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة ، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية . (ج) إذا كان العقار قد بيع ليكمل محل عبادة ، أو ليملح محل عبادة » (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط قانونا في البيع الذي يجوز فيه الشفعة أن يكون بمقتضى سجل أوثاث التاريخ ، ولذا يجب توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثاني ولو لم يكن عقده مسجلا ، متى ثبت أن البيع له قد تم قبل تسجيل طلب الشفعة (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣) - وانظر استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٦٩ - ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٣ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨٧ / ١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « لا يجوز الأخذ بالشفعة : (أ) إذا حصل البيع بالمزاد العلني عن طريق الإدارة أو القضاء . (ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة . (ج) إذا كان العقار قد بيع ليكمل محل عبادة ، أو ليملح محل عبادة » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠١٢ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عدلت عبارة « عن طريق الإدارة أو القضاء » في البند (أ) بعبارة « وفقا لإجراءات رسمها القانون » ، ووافقت مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٠٩ كما عدلته بلجته . وفي لجنة مجلس الشيوخ لوحظ أن عبارة « وفقا لإجراءات رسمها القانون » الواردة في البند (أ) لا تقيده معنى البيع بالمزاد العلني العلني ، لأن البيع قد يحصل بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها له قانون المرافعات ، فأجيب بأن المقصود بهذه العبارة كفاية علانية البيع ، فوافقت اللجنة على العبارة ملاحظة أن عبارة « وفقا لإجراءات رسمها القانون » يدخل فيها كل بيع بمزاد علني يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون ، سواء في ذلك البيع الإداري أو القضائي . وأضيفت إلى البند (ب) عبارة « أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية » نظرا لأن صلتهم لا تقل في غالب الأحيان عن صلة الأقارب ، وقد رؤى الوقوف عند الدرجة الثانية توغيا للتضييق . وذلك تحقيقا للفكرة المقصودة من النص ، وهي استبعاد الأجنبي عن اعتبار أن الصفقة هائلة . واقترح في خصوص البند (ج) التنسوية في الحكم بين محل العبادة وبين المدارس والمؤسسات الاجتماعية حتى تتحقق نفس الحكمة من تمكين المشتري من أن ينحصر العقار لهذه الأغراض كلها ، ولكن اللجنة لم توافق على هذا الاقتراح ، ووافقت على النص دون هذا التعديل تحت رقم ٩٣٩ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٢ - ص ٤٠٩) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادتين ٣ و ٦ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
لا مقابل ، وفي التقنين المدني الليبي م ١/٤٩٣ ، وفي التقنين المدني العراقي
م ١١٣٤ ، وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٤٤ وم ٢٥٤ (٢) .

(١) قانون الشفعة السابق م ٣ : لاشفعة فيما بيع بالمزايدة لعدم إمكان القسة بين
الشركاء عينا أو لنزع الملكية قهراً أمام إحدى جهات الإدارة أو القضاء . وكذلك لاشفعة فيما
بيع بين الأصول وفروعهم وبالعكس ، ولا فيما بيع من أحد الزوجين للآخر ، أو من
المالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة .

م ٦ : لاشفعة فيما بيع ليحمل محل عبادة أوليلحق به .
(والتقنين المدني الجديد يختلف عن قانون الشفعة السابق فيما يأتي : (١) لم يقصر بيع
المزاد العلني على المزاد الجبري وقسة التصفية كما فعل قانون الشفعة ، بل عم النص فجعله
يشمل كل مزاد علني يتم وفقاً لإجراءات رسمها القانون فيدخل المزاد العلني الاختياري .
(٢) وسع حلقة الصلة المائتة التي لا يؤخذ فيها بالشفعة وذلك تضييقاً لاستعمال هذا الحق ،
فد القرباة إلى الدرجة الرابعة بدلاً من الدرجة الثالثة التي وقف عندها قانون الشفعة ، وأغاف
المصاهرة لغاية الدرجة الثانية) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :
التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ١/٩٤٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٣٤ : لاتسع دعوى الشفعة : (أ) إذا حصل البيع
بالمزايدة العلنية عن طريق القضاء أو الإدارة . (ب) إذا وقع البيع بين الزوجين ، أو بين
الأصول والفروع ، أو بين الحواشي لغاية الدرجة الرابعة . (ج) إذا كان المقار قد بيع
ليحمل محل عبادة أوليلحق بمحل عبادة ، وسجل بدائرة الطابو على هذا الوجه . (د) . . (هـ) . .
(و) . . ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أمرين : (١) لا يمنع التقنين العراقي
الشفعة في المزاد العلني الاختياري ، ويمتصها التقنين المصري . (٢) لا يجعل التقنين العراقي المصاهرة
مأنة من الأخذ بالشفعة ، ويجعلها التقنين المصري مأنة لغاية الدرجة الثانية) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢ / ٢٤٤ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : لاتسع
دعوى الشفعة في المقايضة العقارية ، وفي البيع الحاصل بين الزوجين أو الأصول والفروع
أو الأخوة والأخوات . م ٢٤٥ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : لاشفعة للوقف ،
ولافي البيع الحاصل بالمزاد العلني عن طريق الإدارة أو القضاء . (والقانون اللبناني يختلف
عن القانون المصري في أمور ثلاثة : (١) لا يمنع القانون اللبناني الشفعة في المزاد العلني
الاختياري ، ويمتصها التقنين المصري . (٢) لا يتوسع القانون اللبناني في القرباة المأنة من
الشفعة فيقصرها فيما يتعلق بالحواشي على الإخوة والأخوات ويمدها التقنين المصري إلى الدرجة
الرابعة ، ولا يجعل القانون اللبناني المصاهرة مأنة من الشفعة ويجعلها التقنين المصري مأنة لغاية الدرجة
الثانية . (٣) لا يمنع القانون اللبناني الشفعة فيما بيع ليخصص محلاً لعبادة أوليلحق به ، ويمتصها
التقنين المصري في ذلك) .

ويتبين من النص سالف الذكر أن هناك موانع من الأخذ بالشفعة تتعلق بالبيع الذي يؤخذ بها فيه . وموانع الشفعة غير مسقطاتها ، فالمانع يلغى الشفعة ابتداء ، أما المسقط فيلغى الشفعة بعد أن تقوم . فإذا باع زوج لزوج عقارا ، قام هنا مانع من الأخذ بالشفعة ، فلا تقوم الشفعة منذ البداية . وإذا نزل الشفع عن الشفعة ، أو لم يأخذ بها في مواعيدها المقررة ، أو لم يراعي الإجراءات المرسومة لها ، أو انقضت أربعة أشهر منذ تسجيل البيع دون أن يأخذ بها ، فإن الشفعة تسقط انتهاء بعد أن قامت ابتداء . وهذه الضوابط تغنينا عن حصر موانع الشفعة ومسقطاتها ، فحيث لا تقوم الشفعة ابتداء في بيع عقار فهناك مانع ، وحيث تضيق الشفعة بعد قيامها فهناك مسقط .

وموانع الشفعة المتعلقة بالبيع ، كما هي ظاهرة من النص سالف الذكر ، ترجع إلى اعتبارات مختلفة . منها ما يرجع إلى الطريقة التي تم بها البيع . ويتحقق هذا في البيع الذي جصل بالمراد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون . ومنها ما يرجع إلى العلاقة فيما بين البائع والمشتري ، فقد تكون علاقة عائلية لا تسمح بأن يقتحمها أجنبي ويأخذ العقار المبيع بالشفعة ، ويتحقق هذا في البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب أو الأصهار لدرجة معينة . ومنها ما يرجع إلى الغرض الديني الذي أعد له العقار المبيع ، ويتحقق هذا في العقار المبيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق به .

وليس ماورد في النص سالف الذكر هي كل موانع الشفعة المتعلقة بالبيع ، فهناك موانع أخرى متناثرة في تشريعات مختلفة ^(١) . من ذلك ما نصت عليه

(١) هذا إلى قيام اعتبارات أخرى في بعض البيوع تخلق بمصالح اجتماعية واقتصادية تستوجب حماية صغار المزارعين . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه متى كان الحكم ، إذ قضى برفض دعوى الشفعة ، أقام قضاءه على أن التصرف الصادر من المطعون عليها الأول إلى المطعون عليه الثاني ليس يبيما تجوز فيه الشفعة ، وإنما هو تصرف ذو طابع خاص ، روعي فيه إيثار المتصرف إليه بالأولوية في شراء الأطلان المبيعة موضوع طلب الشفعة ، لاعتبارات منها ما يتعلق بشخص المتصرف إليه لقيامه باصلاح الأرض المتصرف لهما فيها ، ومنها ما يتعلق بمصالح اجتماعية واقتصادية ترمي إلى رفع مستوى صغار المزارعين وتوفير أسباب العيش لهم والتشجيع على اصلاح الأراضي البور ، فضلا عن أن الثمن المسمى بالمقد لا يمثل حقيقة قير للمعين المبيعة وقت البيع ، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون . ذلك بأن القضاء بالشفعة

المادة ٩ من قانون الإصلاح الزراعى من أن « توزع الأرض المستولى عليها فى كل قرية على صغار الفلاحين ، بحيث يكون لكل منهم ملكية صغيرة لا تقل عن فدانين ولا تزيد على خمسة أفدنة تبعا لحودة الأرض » . ثم تضيف الفقرة الأخيرة من المادة نفسها : « لا يجوز أخذ الأراضى التى توزع بالشفعة » . والحكمة فى منع الشفعة هنا واضحة ، فهذه أراض مقسمة إلى قطع صغيرة ، تباعها الحكومة لصغار الفلاحين بأثمان زهيدة مقسطة أقساطا طويلة الأجل وبشروط معينة ، بغية رفع المستوى الاقتصادى لمعيشة صغار الفلاحين ، فلو أبحا الشفعة فى مثل هذا البيع لضاع الغرض الأساسى الذى يهدف الإصلاح الزراعى إلى تحقيقه ، ولترعت هذه الأراضى بالشفعة من أيدي طائفة من الفلاحين قصد القانون حمايتها . وكذلك قضت المادة الرابعة من قانون الإصلاح الزراعى بوضع حدود لتصرف المالك فى الأرض التى يملكها وتكون زائدة على الحد الأقصى الحائز تملكه ، فيجوز للمالك التصرف فى هذا المقدار الزائد لأولاده فيما لا يزيد على مائة فدان ، ولصغار الفلاحين فيما لا يزيد على خمسة أفدنة لكل مشتر ، ولخريجي المعاهد الزراعية فيما لا يزيد على عشرين فدانا لكل منهم . ثم تقضى المادة ٤ مكررة من قانون الإصلاح الزراعى بأنه لا يجوز أن تؤخذ بالشفعة الأرض المتصرف فيها على الوجه المبين فى المادة ٤ سالفة الذكر . وحكمة منع الشفعة هنا أيضا واضحة ، فقد قصد القانون أن يكون التصرف لفئات معينة ، منها الأولاد والشفعة ممنوعة فى شأنهم من الأصل ، ومنها صغار الفلاحين ، ومنها خريجو المعاهد الزراعية ، وذلك كله بأقدار معينة . فإباحة الشفعة ، وانتزاع الأرض من أيدي هذه الفئات ، يضع على المشروع غرضه . ومن ذلك ما قضت به المادة ٥٨ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ الخاص بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها من أن العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والى تتصرف فيها طبقا لأحكام هذا القانون لا يجوز أخذها بالشفعة . والحكمة فى منع الشفعة هنا هى نفس الحكمة التى قدمناها فى التشريعات السابقة ، إذ التصرف فى هذه العقارات إنما يكون

فى هذه الحالة يتناق مع طبيعة النقد ، وفيه تفويت للأغراض المقصودة منه (نقض مدن ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٧١٦ رقم ٦٠) .

لفئات معينة من صفاء الملاك روعيت فيهم شروط واعتبارات خاصة ، فيبيع على المشرع غرضه لو أخذنا هذه العقارات بالشفعة (١) .
ونستعرض الآن الموانع الثلاثة من الشفعة المذكورة في المادة ٩٣٩/١ مدني سالفه الذكر .

١٧٤ - البيع بالزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون : رأينا أن المادة ٩٣٩/١ مدني تنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة « إذا حصل البيع بالزاد العلني ، وفقا لإجراءات رسمها القانون » . فيشترط إذن لمنع الشفعة امران : (١) أن يكون البيع بالزاد العلني . (٢) وأن يجري وفقا لإجراءات رسمها القانون . ويتوافر هذان الشرطان في البيوع الآتية :

١ - بيع بالزاد العلني الجبري أمام القضاء ، بناء على طلب الدائنين لترع ملكية عقار مدينهم لاستيفاء حقوقهم من ثمنه . فهذا دون شك بيع بالزاد العلني ، ويجري وفقا لإجراءات رسمها تقنين المرافعات ، فلا تجوز فيه الشفعة .

٢ - بيع بالزاد العلني أمام القضاء لعقار شائع لا تمكن قسمته عينا دون ضرر ، وهذا ما يسمى بقسمة التصفية (licitation) . وقد نصت المادة ٧١٨ مرافعات في هذا الصدد على أن « العقار المملوك على الشيوخ ، إذا أمرت المحكمة ببيعه لعدم إمكان القسمة بغير ضرر ، يجري بيعه بطريق المزايدة بناء على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة من يعنيه التعجيل من الشركاء » . وهذا أيضا بيع بالزاد العلني ، يجري وفقا لإجراءات رسمها تقنين المرافعات (أنظر المواد ٧١٨ - ٧٢٠ و ٧٢٣ مرافعات) ، فلا تجوز فيه الشفعة .

(١) يضاف إلى ذلك أيضا أن الشفعة لا تجوز في بيع يكون من شأنه أن يزيد ما يملكه الشفع من الأراضي الزراعية على الحد الأقصى الذي يسمح به قانون الإصلاح الزراعي . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه متى تبين أن الشفع يملك قبل الحكم بالشفعة أكثر من مائتي فدان ، فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون فيما انتهى إليه من أن الحكم بالشفعة في هذه الحالة من شأنه مخالفة ما نصت عليه المادة الأولى من قانون الإصلاح الزراعي التي تقضي بإعلان كل عقد ترتب عليه مخالفة ما نصت عليه تلك المادة من عدم جواز زيادة ملكية الفرد على مائتي فدان لتعلق حكم هذه المادة بقاعدة من قواعد النظام العام . ولا محل للاستناد إلى القانون رقم ٢٦٧ لسنة ١٩٥٦ الذي أجاز للأفراد أن يتسلخوا أكثر من مائتي فدان عن طريق الميراث

٣ - بيع الدولة لأملاتها الخاصة بالمراد العلني وفقا للإجراءات المقررة في التشريعات الخاصة بذلك . فهذا بيع بالمراد العلني أمام جهة الإدارة ، يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون ، فلا تجوز فيه الشفعة (١) .

٤ - الحجز الإداري وبيع العقار المحجوز عليه لاستيفاء الضرائب يختلف أنواعها وفقا لإجراءات قررتها تشريعات الضرائب (٢) ، فهذا أيضا بيع بالمراد العلني ، أمام جهة الإدارة ، يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون ، فلا تجوز فيه الشفعة .

٥ - بيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب بالمراد العلني ، أمام جهة القضاء . وتنص المادة ٧١٢ مرافعات في هذا الصدد على أن « بيع عقار المفلس وعقار عديم الأهلية المأذون ببيعه وعقار الغائب ، بطريق المزايعة ، يجرى بناء على قائمة شروط البيع التي يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة وكيل الدائنين

= أو الوصية أو غير ذلك من أسباب كسب الملكية غير العقود ، وأباح لهؤلاء أن يتصرفوا فيما زاد على المائتي فدان خلال سنة من كسب الملكية غير مقيدين بالقيد الذي نص عليها قانون الإصلاح الزراعي في خصوص من يملكون أكثر من مائتي فدان وقت صدوره . وذلك لأن حكم الشفعة وإن كان سببا مستقلا لكسب الملكية ، إلا أنه يأخذ حكم العقد ، إذ يحكم الشفعة تنصرف آثار عقد البيع إلى الشفع ، لأن الملكية في حالة الحكم بالشفعة تكون قد اكتسبت بعمل إرادى من جانب الشفع ، وهو ما هدف المشرع إلى تحريره إذا كان الشفع يملك قبل الحكم بالشفعة أكثر من مائتي فدان ، وإن في إباحة تملك ما يزيد على مائتي فدان بالشفعة تحايلا على أحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ . أما الوصية والميراث وما جرى مجراها من أسباب كسب الملكية ، فإن الأمر فيهما يتم بغير سعى من جانب من آلت إليه الملكية (نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٧٩٨) .

(١) ويستثنى من ذلك بيع مصلحة الأملاك لمقارباتها بالمراد بشرط مصادقة وزير المالية ، فتجوز الشفعة في هذا البيع (نقض مدني ١٧ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٣ ص ٦٠٧) . وعلى العكس من ذلك لا تجوز الشفعة في بيع مصلحة الأملاك لأرض بطريق المعاوضة بشئ روعى في تقديره اعتبارات خاصة ، متى كان البيع مقصورا على أشخاص معينين ، ويعتبر البيع في هذه الحالة مترواحا بين البيع والهبة والصلح ، لأن تقدير الثمن قراعى فيه اعتبارات تتعلق بشخص المشتري من ناحية ، وبمصلحة عليا اجتماعية وسياسية من الناحية الأخرى ، وكل ذلك لا يمكن تقديره بشئ (نقض مدني ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٢٣٠ - وانظر نقض مدني ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاما جزء أول ص ٧١٦ رقم ٦٠ أنفا فقرة ١٧٣ في الهامش) .

(٢) أنظر فيما يختص بالحجز الإداري القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ .

أو النائب عن عديم الأهلية أو الغائب . ويجرى البيع وفقا لإجراءات رسمها تقنين المرافعات في المواد ٧١٣ - ٧١٧ منه . فهنا أيضا بيع بالمراد العلني أمام جهة القضاء ، يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون ، فلا تجوز فيه الشفعة .

٦ - بيع العقار المثقل بتكاليف عينية يباع اختياريا بالمراد العلني ، أمام جهة القضاء . وتنص المادة ٧٢٢ مرافعات في هذا الصدد على أنه « يجوز لمن يملك عقارا مقررا عليه حقوق امتياز أو اختصاص أو رهون رسمية أو حيازية ، لم يحصل تسجيل تنبيه بترع ملكيته ، أن يبيعه أمام القضاء ، بناء على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة » . ويجرى البيع وفقا للإجراءات التي رسمها تقنين المرافعات لبيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب ، فيما عدا إخبار النيابة العامة بإيداع قائمة شروط البيع . فهنا البيع بيع اختياري بالمراد العلني ، يجرى أمام القضاء وفقا لإجراءات رسمها القانون ، فلا تجوز فيه الشفعة (١) .

(١) أنظر مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدق في محضر جلسة ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٧ ، حيث لاحظ أحد الأعضاء « أن المادة ٧١٠ من قانون المرافعات المختلط (وهي المقابلة للمادة ٧٢٢ مرافعات جديد) الواردة في باب الحجز العقاري تعرض لحالة بيع العقار المثقل بحقوق لصالح دائنين ، وأن هذه المادة وإن كانت تحول المالك حق طلب بيع عقاره عن طريق القضاء ، إلا أنه يجب أن يكون المقصود من هذا البيع هو تخليص المين من حقوق مقررة عليها لصالح أجنبي ، حتى يتسنى للمالك أن يطلب هو نفسه بيع عقاره ليحصل على أقصى ثمن تبقى له منه بقية بعد سداد ديونه . فثل هذه الحالة تدخل في نطاق المراد العلني ، ولما كان البيع يحصل عن طريق القضاء وبطريقة علنية ، فالرأي عدم جواز استعمال حق الشفعة في مثل هذا البيع » . وقال عضو آخر : « إن تقصى الأسباب التي حدثت بالشارع إلى وضع هذا النص (القاضي بمنع الشفعة في البيع بالمراد العلني) يهدينا إلى أنه رعى إلى تحقيق مصلحة اقتصادية تهدف إلى بيع المين المبيعة بأعلى ثمن ممكن ، فعلاية البيع وإجراءات المزايمة كفيّة في نظره بتسكين كل راغب في الأخذ بالشفعة من التدخل في المراد لشراء المين » . وعقب عضو ثالث بأنه « لأجل لتقرير الشفعة في مثل هذه الحالة ، مادام أن البيع علني ومباح للجميع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٤٠٦ في الهامش) - وانظر أيضا محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٢٧ - عبدالممن فرج الصدة فقرة ٣٠٨ ص ٤٥٩ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وغنى عن البيان أن البيع بالمراد العلني الذي يمنع فيه الأخذ بالشفعة يستوى الأمر فيه أن يكون جبريا أو اختياريا ، فإن حكمة المنع متوافرة في الفرضين ، إذ يستطيع الشفع أن يدخل في المراد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٤٠٧) - وانظر أيضا مبادر من المناقشات في لجنة مجلس الشيوخ في خصوص منع الشفعة حتى في البيع الاختياري وفي « كل بيع بالمراد العلني يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون سواء في ذلك البيع الإداري أو القضائي » آنفا فقرة ١٧٣ في الهامش .

فهذه جميعا ييوع عقارية بالمزاد العلني ، تقع أمام القضاء أو أمام جهة الإدارة ، وتكون جبرية أو اختيارية ، لاستيفاء ديون أو لتصفية عقار شائع أو لمجرد بيع العقار مع إحاطة البيع بضمانات كافية ، وتجري كلها وفقا لإجراءات رسمها القانون ، سواء كان هذا القانون هو تقنين المرافعات أو أى تشريع آخر . والمهم في كل ذلك أن يكون هناك ، كما قدمنا ، بيع بالمزاد العلني يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون (١) .

ومن ثم يخرج من هذا النطاق ، فتحوز فيه الشفعة ، الحالتان الآتيتان (٢) :

(١) ولم يكن قانون الشفعة السابق بهذا الوضوح ، فقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٣ منه تجرى على الوجه الآتي : «لاشفعة فيما بيع بالمزايدة لعدم إمكان القسمة بين الشركاء عينا ، أو لتزاع الملكية قهراً أمام إحدى جهات الإدارة أو القضاء» . وقد اختلفت المحاكم ، في عهد هذا القانون ، في تفسير هذا النص . فبعض ذهب إلى وجوب الرجوع إلى الأصل الفرنسي لهذا النص ، ومنه يبين أن هناك حالتين منفصلتين إحداها عن الأخرى : حالة البيع الذي يجرى بالمزاد أمام جهة الإدارة كما إذا باعت إحدى الجهات الإدارية عقاراً لملوكا لها ملكية خاصة بالمزاد العلني فلاشفعة في هذا البيع ، وحالة البيع الذي يجرى بالمزاد أمام القضاء لتزاع الملكية جبراً بواسطة الدائنين أو لعدم إمكان قسمة العقار بين الشركاء فلاشفعة أيضاً في هذا البيع (استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٧٥ ص ١٣٢ - أسبوط الكلية استئناف ٢٩ يناير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٣١ ص ٢١١ - استئناف مخطوط ١٨ يولية سنة ١٩٠٨ م ٢٠٠ - ٢٠٢ - ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٠٣) . وذهب بعض المحاكم الأخرى إلى وجوب التزام النص العربي ، وأنه يمكن أن يقع بيع بالمزاد العلني أمام جهة الإدارة لتزاع الملكية قهراً ، إذ أن الجهات الإدارية تنزع ملكية العقارات لاستيفاء الضرائب كما تنفذ أحكام التفقات الصادرة من المحاكم الشرعية (مصر الكلية ٣٠ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٢٩ ص ٥٣٩) . أنظر في هذه المسألة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٥٨ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٢٥ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٣٩ - إسماعيل غانم ص ٨٢ - عبد المنعم فريج الصلدة فقرة ٣٠٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٠ ص ٣٣٤ - ص ٣٣٥ .

(٢) وكانت هناك حالة قبل إلغاء المجالس الحسية ، وهي حالة بيع عقار القاصر أو المحجور عليه لدى كان يقع أمام هذه المجالس . وقد قضت محكمة النقض بأن البيوع التي ترخص المجالس الحسية لأوصياء أو لقوائم في إجرائها ليست من نوع البيوع الحاصلة بطريق المزايدة العلنية التي سنت المادة الثالثة من قانون الشفعة من الاستشفاع فيها ، لأن الشارع لا يبيح هذه البيوع إلا البيوع التي تباشرها الجهة القضائية أو الإدارية المختصة وفقاً لتقواعد وإجراءات معينة قانوناً تضمن العلانية والعلانية لحماية ذوي الحقوق ، ثم توقعها حتماً لمن يرسو عليه المزاد (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٣٣ ص ١٠٧١ - وانظر أيضاً نقض مدني ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٨ - استئناف أسبوط ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٣٠ ص ٣١٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٥٢ ص ٣٥٤ - ص ٣٥٥ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٢٨) .

١ - بيع المالك لعقاره يباع حراً بالمزاد العلني ، دون أن يتقيد في ذلك بالإجراءات والشروط التي قررها تقنين المرافعات للبيوع الاختيارية التي تجري بالمزاد العلني (انظر م ٧٢٢ مرافعات) . فقد يعمد المالك إلى بيع عقاره ، ولو لم يكن مثقلاً بتكاليف عبية ، بالمزاد العلني . ويجري في ذلك وفقاً لإجراءات يضعها هو ^(١) ولا يتقيد فيها بالقانون ، قاصداً بذلك أن يحصل على أعلى ثمن ممكن لعقاره . فهذا البيع ، وإن كان بالمزاد العلني ، لم يجر وفقاً لإجراءات رسمها القانون . فلا تخوطه ضمانات كافية ، ويستطيع المالك أن يجري البيع ، كما يشاء وبالطريقة التي تروقه ، بل يستطيع ألا يرسى المزاد على أعلى مزايد إذا اشترط ذلك مقدماً . ومن ثم تجوز الشفعة في هذا البيع ، لأنه لم يجر وفقاً لإجراءات رسمها القانون ^(٢) .

٢ - بيع المالك عقاره بالمظاريف : فتستند العطاءات في مظاريف مقفلة ، ولا يعلم أحد من المتقدمين للشراء بالعطاءات التي قدمها الآخرون . فهذا البيع لا تتوافر فيه العلانية ، ولا يزايد أحد على آخر فيه ، بل الكل يتقدمون بعطاءات سرية ليست نتيجة للمزايدة بين المتقدمين ، فلا يمكن اعتباره بيعاً بالمزاد العلني . وحتى لو رسم له القانون إجراءات معينة ، وأجرى البيع وفقاً لهذه الإجراءات ، فإنه يكون بيعاً جرى وفقاً لإجراءات رسمها القانون ، ولكنه لا يكون بيعاً بالمزاد العلني ، ومن ثم تجوز فيه الشفعة ^(٣) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه تجوز الشفعة في البيع الذي أجراه الحارس على أموال الرعايا الألمان بالمزاد ، لأن هذا المزاد لم يتم وفقاً لإجراءات رسمها القانون كما تتطلب ذلك المادة ٩٣٩ مدني ، إذ أن الحارس ضمن قائمة شروط البيع ضرورة موافقته على التثني الراسي به المزاد ، وعلى حقه في إلغاء البيع بدون إبداء أسباب . وهذه شروط تنطوي بأن مثل هذا البيع ، ولو أنه يتم بالمزاد ، إلا أنه لا يتفق مع ما هو منصوص عليه قانوناً بشأن البيوع الإجبرية ووجوب رسوالمزاد فيها حتماً على صاحب آخر عطاء بدون مصادقة أحد (نقض مدني ١٧ مايو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٣ ص ٦٠٧) .

(٢) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٥٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٢٦ ص ٥٤٧ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤٣٩ ص ٤٦٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٨ ص ٤٦٠ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة الثالثة من قانون الشفعة تنص على منع الشفعة فيما بيع بالمزايدة ، ومقصود الشارع من النص هو البيع بالمزاد طبقاً لإجراءات وقواعد معينة قانوناً تتضمن علانية العطاءات من جهة وإيقاع البيع حتماً على صاحب العطاء الأكبر من جهة -

فلا بد إذن ، لامتناع الأخذ بالشفعة ، أن يكون البيع بالمراد العلني ، وأن يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون . والحكمة في امتناع الأخذ بالشفعة في البيع على الوجه المتقدم تتمثل في أمور ثلاثة : (١) لما كان هذا البيع يجرى بالمراد العلني وفقا لإجراءات تكفل له الضمانات الكافية والعناية التامة ، فمن اليسير على الشفيع أن يعلم بأمره . وما عليه إذا أراد أخذ العقار إلا أن يدخل في المزاد ، فيحصل عليه من طريق لا يحتاج فيه إلى الشفعة ، التي هي حق استثنائي يعطى بقدر الضرورة . (٢) لو أجاز الأخذ بالشفعة في هذا البيع ، لامتنع كثير من الدخول في المزاد خشية الأخذ بالشفعة ، فنع الشفعة إذن يوفر لهذا البيع دخول أكبر عدد ممكن من المزايدين ، والحصول على أعلى ثمن ممكن . (٣) إلقاء الشفيع ، إذا أراد أخذ العقار ، إلى الدخول في المزاد

= أخرى ، بحيث يمكن الشفيع إذا كانت له رغبة في المبيع أن يشترك في المزايدة ويتابع الزيادة حتى يرسو عليه المزاد . ولما كان بيع أراضي الحكومة الحرة بطريق المظاريف ليس فيه من علانية الطهات ما يسمح لراغب الشراء بمتابعة الزيادة ، ثم لما كان وقوع البيع لصاحب السطاء الأكبر غير مكفول لما هو محتفظ بالحكومة من الحق المطلق في قبول أو رفض أى عطاء ، ولوجوب اعتماد وزير المالية للبيع في كل حال ، فالبيع بطريق المظاريف ليس هو البيع بالمزايدة ، فتجوز فيه الشفعة (نقض مدني ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمره رقم ٢٣٥ ص ٤٩٠) . وانظر أيضا في هذا المعنى أسبوط استثنائي ٢٩ يناير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسية ٢٢ رقم ١٣١ ص ٢١١ - مصر الكلية ٣٠ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٢٩ ص ٥٣٩ . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البيع بالمزاد أمام جهة الإدارة الذي لا تجوز فيه الشفعة هو البيع الذي يحصل وفقا للإجراءات المنصوص عليها في دكرينو ٢٥ مارس سنة ١٨٨٠ ودكرينو ١٦ مارس سنة ١٩٠٠ للوصول بطريق الملكية نزع الملكية قهراً إلى الحصول على الأموال المتأخرة ، وليس بيع المقارنات الخاصة بالملوك للدولة الذي يقع بطريق المظاريف بناء على إعلان للجمهور ووفقا لشروط المنشور الوزارى المؤرخ ٢١ أغسطس سنة ١٩٠٢ فإن هذا البيع ، وإن جرى أمام جهة الإدارة ، ليس إلا بيما اختياريا ولا يصير تاما إلا إذا وافقت عليه الحكومة (استئناف مختلط ١٨ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٨٠) . وانظر أيضا استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٠٢ - ١٨ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١٤ .

وانظر مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدق في هذا الخصوص في محضر جلسة ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٦ في الماش) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٥٢ ص ٣٥٣ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٢٩ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٣٩ ص ٤٦٣ - إسماعيل غانم ص ٨٢ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٣٠٨ ص ٤٦٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٠ ص ٢٢٤ - ص ٣٣٥ - حسن كيرة ص ١٤ .

من شأنه أن يصل بالتمن إلى حد أكبر من أعلى عطاء يتقدم به المزادبون ،
إذ لا بد للشفيع من أن يزيد على هذا العطاء الأعلى حتى يرسو عليه المزااد (١) .

١٧٥ - البيع بين الزوجين أو بين الأقارب أو الأصهار لدرجة معينة :

رأينا (٢) أن المادة ٩٣٩ (ب) مدني تنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة
« إذا وقع البيع بين الأصول والفروع ، أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب
لغاية الدرجة الرابعة ، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية » . ومنع القانون الشفعة
هنا لاعتبار في المشتري ، فإذا باع المالك عقاره لمشتري تصله به صلة وثيقة من
الزوجية أو القرابة أو المصاهرة ، فإن هذا البيع لا بد أن يكون قد لوحظت
فيه شخصية المشتري ويغلب أن المالك ما كان يبيع عقاره لسواه . لذلك لا يجوز
للشفيع أن يأخذ العقار بالشفعة ويفترعه من يد المشتري . وقد عدد القانون على
سبيل الحصر فئات معينة يمتنع الأخذ منها بالشفعة ، وهذه هي :

١ - بيع الزوج لزوجته ، أو بيع الزوجة لزوجها ، ففي هذا البيع
أو ذاك لا يجوز الأخذ بالشفعة (٣) .

٢ - بيع المالك لفروعه مهما نزلوا ، أو لأصوله مهما علوا ، فلا تقيد
القرابة هنا بدرجة معينة . فإذا باع الأب (أو الأم) عقاره لابنه أو لبنته أو
لابن ابنه أو لبنت ابنه أو لابن بنته أو لبنت بنته ، مهما نزل الفرع ، فإن
الشفعة لا تجوز . كذلك إذا باع الابن (أو البنت) عقاره لأبيه أو لأمه أو
لأبي أبيه أو لأم أبيه أو لأبي أمه أو لأم أمه ، مهما علا الأصل ، فإن الشفعة
أيضا لا تجوز .

٣ - بيع المالك لأحد من أقاربه من الحواشي لغاية الدرجة الرابعة ،
وقد كان قانون الشفعة السابق (م ٣) يقتصر في المنع على الدرجة الثالثة ،
فد التقنين المدني الجديد المنع إلى الدرجة الرابعة تضييقا للأخذ بالشفعة (٤) .

(١) أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٥١ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ١٧٣ .

(٣) أما بيع المالك لمطلقة أو المطلقة لزوجها السابق ، أو بيع الخليل لخطيبته أو الخطيبة
لخطيبها ، فحجوز فيه الشفعة (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٠ ص ٤٤٢) .

(٤) أنظر آنفا فقرة ١٧٣ في الهامش .

وحساب درجة الحواشي نصت عليه المادة ٣٦ مدني إذ تقول : . . . وعند حساب درجة الحواشي تعد الدرجات صعودا من الفرع للأصل المشترك ، ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر ، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة « (١) . ومعنى ذلك أن الأخ يعتبر بالنسبة إلى أخيه في الدرجة الثانية ، إذ أن الأصل المشترك للأخوين هو الأب ، فيحسب الأخ درجة ، ومنه نصل إلى الأب وهو الأصل المشترك فلا يحسب ، ثم نترل من الأب إلى الأخ الآخر فيحسب هذا أيضا درجة . فهاتان درجتان . ويكون البيع الصادر من الأخ لأخيه أو لأخته ، أو الصادر من الأخت لأخيها أو لأختها ، يباع لا تجوز فيه الشفعة . ويعتبر العلم بالنسبة إلى ابن أخيه في الدرجة الثالثة ، إذ أن الأصل المشترك هو الجد ، فيحسب العلم درجة ، ومنه نصل إلى الجد وهو الأصل المشترك فلا يحسب ، ثم نترل من الجد إلى ابن الأخ بدرجة ، وللأخ درجة ولابنه درجة ثانية ، فيكون مجموع الدرجات ثلاثا . وقل مثل ذلك عن العمة والخال والخالة ، ويكون البيع الصادر من العم أو العمة أو الخال أو الخالة لابن أخيه أو لابن أخيها أو لابن أخته أو لابن أختها يباع واقعا بين أقارب من الدرجة الثالثة ، فلا تجوز فيه الشفعة . وكذلك لا تجوز الشفعة في البيع الصادر من ابن الأخ لعمه أو ابن الأخت لخاله وهكذا ، لأن البيع واقع أيضا بين أقارب من الدرجة الثالثة . ويعتبر ابن العم بالنسبة إلى ابن عمه في الدرجة الرابعة ، إذ أن الأصل المشترك بينهما هو الجد ، فنصل من ابن العم إلى الجد بدرجة ، ولا نحسب الجد ، ثم نترل من الجد إلى ابن العم الآخر بدرجة ،

(١) وهذا هو عين ما كان القضاء يأخذ به في حساب الدرجات قبل صدور التفتين المدني الجديد (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة جمر ٤ رقم ١٦١ ص ٤٥٢) . وقد قضى بأن القرابة المانحة من الشفعة مسألة مدنية متفرعة عن دعوى الشفعة ، وتدخل في صميم اختصاص المحكمة المنظورة أمامها دعوى الشفعة ، احتراماً للمبدأ القائل بأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع . والقول بغير هذا الرأي يترتب عليه أنه كلما عرّضت مسألة القرابة في دعوى من الدعاوى التي لا يمكن الفصل فيها إلا بشروطها ، كدعاوى رد الخبراء ورد القضاء ورد الشهود ، وجب على القضاء أن يقف الدعوى حتى يفصل من قضاء الأحوال الشخصية فيها ، وهو ما لا يمكن التسليم به ، وفي اعتداء على سلطة القضاء المادي من جهة ، وتعطيل لمصالح المتقاضين من جهة أخرى (انظر ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الحاماة ١٠ رقم ٣٨٥ ص ٧٧٣) . وانظر استئناف وطني ١٤ يونيو سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٢١ ص ٤٧ .

فيكون مجموع الدرجات أربعة . ويكون البيع الصادر من ابن الم لابن عمه ييعا واقعا بين أقارب من الدرجة الرابعة ، فلا تجوز فيه الشفعة . وكذلك قل من بنت الم وابن العمه وابن الخال وبنت الخال وابن الخالة وبنت الخالة ، كل هؤلاء أقارب من الدرجة الرابعة ، فالبيع الذي يقع بينهم لا تجوز فيه الشفعة (١) . ولكن البيع الواقع بين الشخص وابن ابن عمه يكون ييعا واقعا بين أقارب من الدرجة الخامسة ، فتجوز فيه الشفعة .

٤ - بيع المالك لأحد من أصهاره لغاية الدرجة الثانية . وقد كان قانون الشفعة السابق لا يمنع الشفعة في البيع الواقع بين الأصهار أصلا (٢) . ومنعها التقنين المدني الجديد بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية كما قلنا ، « نظرا لأن صلهم لا تقل في غالب الأحيان عن صلة الأقارب » ، وقد روى الوقوف عند الدرجة الثانية توخيا للتضييق ، وذلك تحقيقا للفكرة المقصودة من النص وهي استبعاد الأجنبي على اعتبار أن الصفقة عائلية » ، كما قيل في لجنة مجلس الشيوخ وهي التي استحدثت هذا النص (٣) . ولحساب درجة المصاهرة يرجع إلى المادة ٣٧ مدني ، وهي تنص على أن « أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر » . فالزوج يعتبر في الدرجة الأولى ، من ناحية المصاهرة ، بالنسبة لأبي زوجته أو لابن زوجته من زوج آخر ، لأن كلا من أبي الزوجة وابنها يعتبر بالنسبة إليها في الدرجة الأولى ، فكذلك يعتبر كل منهما في الدرجة الأولى بالنسبة إلى الزوج . وعلى ذلك يكون البيع الصادر من الزوج لأبي زوجته أو أبي الزوجة للزوج ، وكذلك البيع الصادر من الزوجة لأبي زوجها أو الصادر من أبي الزوج للزوجة ، كل

(١) وقد قضى بأنه إذا بيع عقار على الشيوع لمدة أشخاص ، وكان من بينهم شخص قريب للبائع لغاية الدرجة الرابعة ، فامتنت الشفعة بالنسبة إليه ، امتنت الشفعة أيضا بالنسبة إلى باقي المشترين حتى لا تجزأ الصفقة (سوهاج الجزئية ٢٧ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ١٢٨ ص ١٨١) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة ، تطبيقا لذلك ، بجواز الشفعة في حالة البيع من الأب لزوجة ابنه أو من الأم لزوج بنتها (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ١٠٠) .

(٣) أنظر آندا فقرة ١٧٣ في الماشن .

هذا بيع صادر بين الأصهار من الدرجة الأولى ، فلا تجوز فيه الشفعة . وأخر الزوجة يعتبر في الدرجة الثانية ، من ناحية المصاهرة ، بالنسبة إلى الزوج ، لأن أمها الزوجة يعتبر بالنسبة إليها في الدرجة الثانية فكل ذلك يعتبر في نفس الدرجة بالنسبة إلى الزوج . فالبيع الصادر من الزوج لأخى زوجته ، أو الصادر من أخى الزوجة للزوج ، يعتبر بيعا واقعا بين أصهار من الدرجة الثانية ، فلا تجوز فيه الشفعة . أما البيع الصادر من الزوج لعمة الزوجة مثلا ، وعم الزوجة يعتبر في الدرجة الثالثة بالنسبة إلى كل من الزوجة والزوج ، فإنه بيع تجوز فيه الشفعة لأن درجة المصاهرة هنا تجاوزت الدرجة الثانية .

والحكمة في منع الشفعة في الأحوال المتقدم ذكرها هي ، كما قدمنا ، أن المشتري روعيت فيه اعتبارات خاصة بشخصه فلا يجوز للشفيع أن يتربع العقار المبيع من تحت يده ، أو كما قالت لجنة مجلس الشيوخ « هي استبعاد الأجنبي على اعتبار أن الصفقة عائلية » (١) . ولكن لا يفهم من ذلك أن الشفيع ، في البيوع المتقدم ذكرها ، يأخذ بالشفعة لو كان هو أيضا أحد أقارب البائع . فإن هذه البيوع ممنع فيها الأخذ بالشفعة أصلا للاعتبارات الخاصة بشخص المشتري ، حتى لو كان الشفيع في نفس درجة قرابة المشتري (٢) ، بل وحتى لو كان أقرب منه إلى البائع . فلو صدر البيع من ابن العم لابن عمه لم يجوز الأخذ بالشفعة في هذا البيع ، لأنه بيع بين أقارب من الدرجة الرابعة كما قدمنا . ويستوى في ذلك أن يكون الشفيع أجنبيا ، أو يكون ابن عم آخر للبائع أى في درجة المشتري ، أو يكون أقرب إلى البائع من المشتري كأن يكون زوجا أو ابنا أو بنتا أو أبا أو أما أو أخا أو أختا . ومهما دنت قرابة الشفيع من المالك ، فإن البيع لا يجوز الأخذ فيه بالشفعة أصلا (٣) ، ولذلك

(١) أنظر آتفا فقرة ١٧٣ في الهامش - وينبغي أيضا أن يكون بيع المالك لزوجه أو لأحد من أقاربه أو أصهاره من الدرجة المتقدم ذكرها هبة مسترة في صورة بيع أثر بها المالك وزوجه أو قريبه أو صهره ، أو في القليل بيعا حوي فيه المشتري فضع ثمنا أقل بكثير من قيمة العقار المبيع (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٦٢) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بعدم جواز الأخذ بالشفعة في الحالة التي يكون فيها المشتري والشفيع كلاهما من أولاد البائع ، لأن هذا النوع من البيع وإن لم يكن في الحقيقة هبة ، ففيه محاباة لا يصح أن يستفيد منها إلا الشخص المقصود بها دون غيره (استئناف وطني ٨ أبريل سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٩٩ ص ٢٠٢) .

(٣) أنظر في هذا المعنى محمد علي عروة ٢ فقرة ٣٣٠ ص ٥٥١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٠ ص ٤٤٢ .

لا محل هنا للمفاضلة بين الشفيع والمشتري كما تقع المفاضلة فيما بين الشفعاء المتعددين فيما سئرى .

١٧٦ - العقار قد يبيع ليعمل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة :

وأينا (١) أن المادة ٩٣٩ (ج) مدنى تنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة ، إذا كان العقار قد يبيع ليجعل محل عبادة ، أو ليلحق بمحل عبادة . فنع القانون الشفعة هنا لا اعتبار دينى قدمه على مصلحة الشفيع ، وقد كان هذا هو الحكم أيضا فى قانون الشفعة السابق (م ٦) .

فاذا باع المالك أرضه لمشتري يقصد أن يخصص المشتري الأرض لبناء مسجد فوقها ، أو ليلحقها بمسجد قائم لتوسيع المسجد أو لتكون دورة للمياه مثلا أو لتكون مقصورة تخصص للنساء إذا اتين المسجد للصلاة أو نحو ذلك ، فهنا يكون العقار قد يبيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة ، فلا تجوز الشفعة فى هذا البيع ، حتى لا يضيع على المشتري غرضه الدينى الذى أراد أن يحققه . وإذا ادعى الشفيع أن الغرض المذكور فى البيع من أن العقار قد يبيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق به غير مطابق للحقيقة ، وإنما هو قد ذكر تهربا من الشفعة ومنعا للأخذ بها ، فعلى الشفيع أن يطلب الشفعة فى مواعيدها ، وأن يثبت أن سبب البيع المذكور فى العقد لا صحة له ، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق .

ولا يقتصر الأمر فى محل العبادة على الدين الإسلامى ، بل هو يتناول كل دين آخر من الأديان المعروفة . فيتناول المنع من الشفعة كل دور العبادة ، كالمساجد والكنائس والبيع والحاخامات وغيرها من المعابد . ولكنه لا يتناول عقارا يبيع لغرض دينى آخر غير العبادة ، كمقار يباع ليجعل دارا لتحفيظ القرآن أو معهدا دينيا أو مقرا لجمعية دينية (٢) .

كذلك لا يتناول المنع عقارا يبيع ليكون مدرسة أو مبرة أو ملجأ أو مستشفى أو مصحة أو مؤسسة اجتماعية من أى نوع كان ، ويجوز فى هذا البيع الأخذ بالشفعة . وقد تقدم فى هذا الصدد اقتراح من أحد أعضاء لجنة

(١) أنظر آتينا فقرة ١٧٣ .

(٢) محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٣٤ .

مجلس الشيوخ للجنة يرى إلى « التسوية في الحكم بين محل العبادة وبين المدارس والمؤسسات الاجتماعية ، حتى تتحقق نفس الحكمة من تمكين المشتري من أن يخصص العقار لهذه الأغراض كلها ، ولكن اللجنة لم توافق على هذا الاقتراح » (١) .

المطلب الثاني

وجود شفيع

١٧٧ - مسألتاه : وقد قدمنا (٢) أن شروط الأخذ بالشفعة تتلخص في أمرين : بيع عقار ووجود شفيع . وقد بحثنا بيع العقار ، وننتقل الآن إلى وجود الشفيع .
وهناك مسألتان نبهتُهما في صدد وجود الشفيع : (١) من هم الشفعاء . (٢) تعدد الشفعاء وتزاحمهم .

§ ١ - من هم الشفعاء

١٧٨ - صفة الشفيع وشروطه : وفي تحديد من هم الشفعاء نبين :
(١) من ثبت له صفة الشفيع . (ب) الشروط الواجب توافرها في الشفيع .

(١) من ثبت له صفة الشفيع

١٧٩ - نص قانوني : تنص المادة ٩٣٦ مدني على ما يأتي :

« يثبت الحق في الشفعة » :

- (١) « لمالك الرقبة ، إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه » .
- (ب) « للشريك في الشيوع ، إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي » .
- (ح) « لصاحب حق الانتفاع ، إذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها » .
- (د) « لمالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة » .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٧٣ في الهامش .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٦٥ .

(٥) « للجار المالك في الأحوال الآتية : (١) إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء ، سواء أكانت في المدن أم في القرى . (٢) إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار ، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة . (٣) إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين ، وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يجب الحق في الشفعة : (أ) لملك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع فيما يحك رقبة ، سواء تناول البيع كل الحق أو بعضه . (ب) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة فيما يحك الانتفاع به ، سواء تناول البيع كل الرقبة أو بعضها . (ج) للشريك في الشيوع إذا بيعت حصة لو أكثر في العقار لأجنبي . (د) لملك الرقبة في المحكر إذا بيع حق المحكر ، والمستحكر إذا بيعت الرقبة . (هـ) للجار المالك في الأحوال الآتية : (١) إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء ، سواء أكانت في المدن أم في القرى . (٢) إذا كانت للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار ، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة . (٣) إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من الثمن نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل » . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة (هـ) الخاصة بشفعة الجار في أحوالها الثلاث « أخذاً بما يراه بعض الفقهاء الشرعيين من أن الجوار ليس سبباً من أسباب الأخذ بالشفعة » ، وذكر في المحضر عدم انطباق الفقرة (د) الخاصة بالمحكر على الوقف ، وأصبح رقم المادة ١٠٠٨ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أضيفت شفعة الجار مقيدة ، وذلك بإضافة الفقرة (هـ) على الوجه الآتى : (هـ) للجار المالك في الأراضي الزراعية إذا كانت أرضه لها أو عليها بالنسبة للأرض المشفوع فيها حق ارتفاق ، وكانت قيمة أرضه تساوى على الأقل نصف ثمن الأرض المشفوع فيها ، وأصبح رقم المادة ١٠٠٥ . وفي مجلس النواب احتدمت المناقشة في شفعة الجار (أنظر ما سبق ذكره في هذا الصدد آنفاً فقرة ١٦٤ في الهامش) ، وانتهت إلى إضافة شفعة الجار في جميع أحوالها الثلاث وتعديل النص بحيث أصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، تحت رقم ١٠٠٥ . وفي لجنة مجلس الشيوخ أضيفت مناقشة الفقرة (هـ) الخاصة بشفعة الجار ، فرأى أحد الأعضاء « حذفها أو الأخذ بنص لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب الذى قصر الشفعة بالنسبة للجار المالك على الأراضي الزراعية ، وذلك لأن علاقة الجوار قد تقلص ظلها ولم يمد لها أى اعتبار » ، ورأى عضو آخر « حذف الشفعة في الأراضي الزراعية وإبقاها في المباني » ، ورأى رئيس اللجنة الإبقاء على نص مجلس النواب من غير تعديل ، فوافقت اللجنة بأغلبية الآراء على النص كما عدله مجلس النواب ، وأصبح رقمه ٩٣٦ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٧ - ص ٣٨٥) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادتين ١٥١ و ١٥٢ (١).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
لامقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٤٠ - وفي التقنين المدني العراقي
م ١١٢٩ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٣٩ (٢).

(١) - قانون الشفعة السابق م ١ : يثبت حق الشفعة لمن يأتي : (أولاً) لشريك الذي له
حصة شائعة في العقار المبيع . (ثانياً) للجار المالك في الأحوال الآتية : إذا كان العقار المشفوع
من المباني أو من الأراضي المملعة لبناء سواء كانت في المدن أو في القرى - إذا كان للأرض
المشفوعة حق ارتفاق على أرض الجار ، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض
المشفوعة إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين ، وتساوى الثلث نصف من
ثلث الأرض المشفوعة على الأقل .

م ٢ : يمد شريكا في العقار المشفوع من يكون له حق الانتفاع فيه كله أو بعضه ،
وله طلب الشفعة إذا لم يطلبها مالك الرقبة نفسه .

(وتنصوص قانون الشفعة هذه توافق في مجموعها نصوص التقنين المدني الجديد ، ويزيد
التقنين المدني الجديد على الشفعة مالك الرقبة والمحتكر) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري لامقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٤٠ : يثبت الحق في الشفعة : (أ) لملك الرقبة إذا بيع كل حق
الانتفاع الملاصق لها أو بعضه . (ب) لشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى
أجنبي . (ج) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملاصقة لهذا الحق أو بعضها .
(ولا يعطى التقنين الليبي حق الشفعة لجار أصلاً) .

التقنين المدني العراقي م ١١٢٩ : تثبت الشفعة : (أولاً) لشريك في العقار الشائع .
(ثانياً) الخليط في حق ارتفاق للعقار المبيع . (ثالثاً) لجار الملاصق في الحالتين الآتيتين :
(أ) إذا كان المقاران المشفوع والمشفوع به من البور أو من الأراضي المملعة لبناء الدور .
(ب) إذا كان للعقار المبيع حق ارتفاق على عقار الجار ، أو كان لجار حق ارتفاق على
العقار المبيع .

م ١١٣٠ : ١ - يعتبر الشريك في أرض حائط في حكم الشريك في نفس العقار ،
ويأتي في مرتبة بعد الشريك في الشيوع مباشرة . ٢ - وإذا كان السفل والعلو لشخصين
مختلفين ، اعتبر كل منهما جاراً ملاصقاً للآخر . (ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري
فيما يأتي : (١) لا يعطى للجار حق الشفعة في الحالة الثالثة من أحوالها . (٢) يعطى الشفعة
للخليط (الشريك) في حق ارتفاق للعقار المبيع . (٣) يعتبر الشريك في أرض مقام عليها
بناء في حكم الشريك في العقار كله) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٣٩ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) :
يثبت الحق في الشفعة : (١) لملك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع فيما يملك رقبته ، سواء تناول -

ويخلص من النص سالف الذكر أن المشرع استهدى باعتبارات ثلاثة لإثبات صفة الشفع ، منها اعتبار غريب عن الفقه الإسلامى ، واعتبار مختلف فيه فى هذا الفقه . وهذه الاعتبارات هى :

(الاعتبار الأول) هو لم شتات الملكية بعد تفرقها ، وهذا الاعتبار هو الغريب عن الفقه الإسلامى ، وكان مع ذلك اعتبارا مسلما به فى قانون الشفعة السابق (م ٢ من هذا القانون) ، وكان اعتبارا أساسيا لاستبقاء الشفعة فى لجنة الأستاذ كامل صدق^(١) . ويتمثل هذا الاعتبار فى إثبات صفة الشفع لمالك الرقة حتى يلم شتات الملكية بضم حق الانتفاع إلى الرقة ، وفى إثبات صفة الشفع لصاحب حق الانتفاع حتى يلم شتات الملكية

= البيع كل الحق أو بعضه . (٢) لفريق فى الشيوع إذا بيعت حصة أو أكثر فى العقار الشائع من أجنبي . (٣) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقة فيما يملك الانتفاع به ، سواء تناول البيع كل الرقة أم بعضها . (٤) لمالك الرقة فى المحكر أو السطحية أو الإجارتين أو الإجارة الطويلة العينية المنصوص عليها فى القرار رقم ١٢ ل.ر. الصادر فى ١٦ كانون الثانى سنة ١٩٣٤ . (٥) لجار الملاحق المالك ، إذا كان للعقار المبيع حق ارتفاق حل عقاره ، أو كان حق الارتفاق لعقاره على العقار المبيع ، أو كان لعقاره وللعقار المبيع اشتراك فى ملكية الطريق الخاص أو الحائط أو فى حق الشرب الخاص . (٦) لأصحاب طوابق البناء المتعددة عند بيع أحد هذه الطوابق .

(ويختلف القانون اللبنانى عن التقنين المصرى فيما يأتى : (١) لا يسلط الجار حق الشفعة إلا فى حالة حق الارتفاق أو الاشتراك فى حائط أو طريق خاص أو شرب خاص . (٢) يسلط لمالك الرقة حق الشفعة فى السطحية والإجارتين والإجارة الطويلة والإجارة العينية) .

(١) ذكر أحد أعضاء هذه اللجنة ، فى بداية الأمر ، « أنه يرى عدم الإقرار بحق الشفعة سواء لمالك الرقة أو لصاحب حق الانتفاع ، لانعدام المصلحة العملية فى ذلك ، إذ أن حق الانتفاع نظام قادر التطبيق فى مصر » . فعارض أعضاء آخرون هذا رأى ، ورأوا « الإبقاء على حق الشفعة لصالح كل من مالك الرقة وصاحب حق الانتفاع لجمع الحقين فى شخص واحد . وقال رئيس اللجنة « إنه لا يؤيد رأى القائل بإلغاء حق الشفعة ، ذلك الحق الذى يقضى على كثير من المنازعات بجميع عناصر الملكية المجرأة فى شخص واحد » . وبهد المناقشة وافقت اللجنة بالإجماع على استبقاء حق الشفعة لمالك الرقة ، وبالأغلبية على استبقائه لصاحب حق الانتفاع . ثم تساءل أحد الأعضاء عما إذا كان حق الشفعة يسرى كذلك بالنسبة إلى المحكر ، فأجاب الرئيس بعدم إمكان التسليم بحق الشفعة للمحكر ، لأن المحكر يفترض وجود وقف ، وأشار ذلك إلى حالة بعض المستحكرين المرخص لهم فى البناء على أرض الغير واقترح منح هؤلاء حق الشفعة فى الأرض التى أقاموا عليها مبانيهم ، فوافقت اللجنة على هذا الاقتراح (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٩ - ص ٣٦٣ فى المامش) .

بضم الرقبة إلى حق الانتفاع ، وفي إثبات صفة الشفع لكل من مالك الرقبة إذا بيع حق الحكر والمستحكر إذا بيعت الرقبة وهذا ما استحدثه التقنين المدني الجديد ، جمعا لما تفرق من حق الملكية ، وابتغاء لوسيلة جديدة ينتهي بها حق الحكر وهو حق غير مرغوب في بقاءه (١) .

(والاعتبار الثاني) هو إبعاد الأجنبي من أن يقتحم نطاق الشركاء في الملكية الشائعة والتقليل من عدد هؤلاء الشركاء كلما أمكن ذلك ، فثبت للشريك في الشيوع صفة الشفع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي وهذا الاعتبار هو المسلم به اتفاقا ، سواء كان ذلك في الفقه الإسلامي أو كان في التشريعات المتعاقبة الخاصة بالشفعة في التقنين المدني السابق وفي قانون الشفعة السابق وفي التقنين المدني الجديد .

(والاعتبار الثالث) هو منع مضايقات الجوار ، فثبتت صفة الشفع للجوار المالك في أحوال ثلاث . وهذا الاعتبار يختلف فيه في الفقه الإسلامي ، فالحنفية هم الذين يسمون به ، أما المذاهب الثلاثة الأخرى فلا تعتبر الجوار سببا للأخذ بالشفعة . وقد كان هذا الاعتبار محلا للمناقشة في لجنة الاستاذ كامل صدقي ، فأيدته بعض الأعضاء وعارضه بعض آخر (٢) . وجعل المشروع

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٣ - ص ٣٦٤ .

(٢) وقد عارض مقرر اللجنة في إعطاء حق الشفعة لجوار ، وذلك رغم الاعتبارات التي استند إليها في تأييد هذا الحق والتي ترجع في أصلها إلى تقاليد تاريخية وأخرى دينية فتعما تفصيلا في تقريره ، إذ أن حق الشفعة ينطوي على اعتداء صارخ على حق الملكية الذي من خصائصه الأساسية حرية التصرف . « وعقب أحد الأعضاء بأنه « فيما يتعلق بحق الشفعة بالنسبة إلى الجوار ، فإنه يرى استبعاده ، إذ أن التقاليد والمبادئ الاجتماعية التي أوحى في الماضي بإقرار هذا الحق قد طرأ عليها التغيير . ولكن أحد الأعضاء رأى الإبقاء على حق الشفعة لصالح الجوار في حالة وجود حق ارتفاق على الأقل . وقال رئيس اللجنة مؤيدا لهذا الرأي الأخير إنه « يرى الاحتراف بحق الشفعة لجوار في حالة وجود ارتفاق على الأقل . وقال إنه كثيرا ما يحصل في الأراضي الزراعية أن توجد لصالح عدة ملاك حقوق ارتفاق لرى من ترعة خاصة ، وإن وجود هذه الارتفاقات المشتركة يثير مشاكل عدة بين هؤلاء الملاك ويؤدى أحيانا إلى اضطرابات ومما تيسر اجتثاثها بالتسليم بحق الشفعة لكافة المستفيدين بحق الارتفاق ولولم يجمع بينهم الجوار ، إذ أن التوسع في حق الشفعة في مثل هذه الحالة تقضى به ضرورات عملية . « ف عقب أحد الأعضاء «

التمهيدى للتقنين المدنى الجديد الحوار فى أحواله الثلاث سببا للأخذ بالشفعة ، ثم ألقى أصيلاً فى المشروع النهائى أمام لجنة المراجعة ، وأعادته فى إحدى أحواله الثلاث لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب ، وأعادته مجلس النواب كاملاً فى أحواله الثلاث بعد مناقشات طويلة سبقت الإشارة إليها^(١) ، وأقر ذلك مجلس الشيوخ . فأصبح الحوار بجميع أحواله سبباً من أسباب الأخذ بالشفعة فى التقنين المدنى الجديد ، كما كان الأمر فى قانون الشفعة السابق^(٢) .

ولما كانت المادة ٩٣٦ مدنى قد عدت الشفعاء مرتبتين ، فنستعرضهم هنا بهذا الترتيب الذى يتفاضلون به عند تراحمهم كما سنرى .

١٨٠ - مالك الرقبة : تثبت صفة الشفع ، فى المرتبة الأولى ، « المالك

الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملبس لها أو بعضه » (م ٩٣٦ بند مدنى) .

« عل هذا بأنه على الرغم مما يبدو من أهمية السبب الذى أبداه الرئيس لتوسع فى حق الشفعة حتى يشمل الحالة التى نوه عنها ، فإنه لا يرى إقرار هذا التوسع إذ لن يتسنى تنظيم حق الشفعة فى مثل هذه الحالة تنظيمياً عملياً » . وأضاف أحد الأعضاء « أنه يرى عدم الإقرار بحق الشفعة لصالح الجار المالك » . فكتب عضو آخر بأنه « لما كان الاستغلال الزراعى باهظ التكاليف ، فإن من المصلحة تقرير حق الشفعة لصالح الجار لتخفيف أعباء هذا الاستغلال » . وانتهت اللجنة ، بأغلبية الآراء ، إلى استبقاء حق الشفعة بالنسبة إلى الجار فى حالة وجود حق ارتفاق . وأشار رئيس اللجنة إلى حالة ملكية الطبقات ، ورأى قياس هذه الحالة على حالة الملكية المشتركة ، فوافقت اللجنة على هذا رأى^(٣) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٩ - ص ٣٦٣ فى الهامش) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٦٤ فى الهامش .

(٢) والحكمة من الشفعة بسبب الحوار منع مضايقات الجوار ، ولكن إذا توافرت شروط الأخذ بالشفعة جاز الأخذ بها ، ولا يعتد بما إذا كانت الحكمة قد توافرت أولم تتوافر . وقد قضى حكم قديم بغير ذلك ، وبأن الشفعة شرعت لمنع الضرر بسبب الجوار ، فإذا لم يحدث ضرر جديد للشفيع بالبيع كما لو كان بين أفراد عائلة واحدة والمشتري مجاور لكل منهم من قبل ، فلا شفعة (مصر الكلية ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ ص ٦٦) . ولكن هذا الحكم لم يكن له صدى فى القضاء المصرى ، وعلى العكس من ذلك قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا توافرت فى الشفع الشرائط المقررة قانوناً لأخذ المبيع بالشفعة ، فلا يجوز دفع دعواه بأن ضرر سوء الحوار الذى شرعت الشفعة من أجل رفعه ليس متحققاً (استئناف وطنى ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ٢ رقم ١٤٢) . وقضى أيضاً بأنه وإن كانت حكمة الشفعة هى الرغبة فى رد أذى الشريك الجديد ، إلا أن الشارع قررها مطلقاً لكل من توافرت فيه شروطها ، وعلى ذلك لا يتوقف قبول دعوى الشفعة على توافر سببها (طنطا - الكلية ١٧ مايو سنة ١٩٢٠ المظاماة ١ رقم ٢٣ ص ٣٤٠) .

وهذه الحالة ، وإن كانت نادرة الحصول في العمل ^(١) ، يمكن أن تصور تحققها في فروض مختلفة .

وأبسط هذه الفروض أن يكون هناك عقار مملوك لشخص ، وقد رتب عليه حق انتفاع لآخر . فإذا باع صاحب حق الانتفاع حقه ، كان لمالك العقار وقد أصبح بعد ترتيبه لحق الانتفاع ما لكا للرقبة أن يشفع في حق الانتفاع المبيع . فإذا ما أخذ هذا الحق بالشفعة لم شتات ملكيته ، وعاد كما كان مالكا للعقار ملكية تامة . وهذا هو الفرض الذي من أجله أعطى مالك الرقبة الحق في أن يأخذ بالشفعة حق الانتفاع . وفي هذا الفرض المبسط لا نرى شفعيا آخر يزاحم ما لك الرقبة في أخذ حق الانتفاع بالشفعة .

وفي فرض آخر أكثر تعقيدا . يرتب مالك العقار حق انتفاع لمصلحة شخصين (أو أكثر) في الشيوع . فإذا باع أحد الشريكين حصته الشائعة في حق الانتفاع ونفرض أنها النصف ، كان لمالك الرقبة أن يشفع في هذه الحصة المبيعة . فيصبح مالكا ملكية تامة لنصف العقار ، ومالك الرقبة النصف الآخر . وهو إذا لم يكن في هذا الفرض قد لم شتات الملكية على وجه تام ، فإنه تمكن من لم شتاتها في نصف العقار . ولا يستطيع الشريك الآخر في حق الانتفاع أن يزاحم مالك الرقبة في أخذ الحصة الشائعة المبيعة في حق الانتفاع بالشفعة . لأن مالك الرقبة مقدم في الترتيب على الشريك في الشيوع كما سنرى .

وهناك فرض أكثر تعقيدا من الفرضين المتقدمين ، يملك فيه العقار اثنان في الشيوع (كل بمقدار النصف مثلا) . ويرتب الاثنان معا على العقار الشائع حق انتفاع لشخص آخر ، فيصبحان مالكين في الشيوع لرقبة العقار . فإذا باع صاحب حق الانتفاع حقه ، فلا شك في أن مالكي الرقبة يستطيعان أن يأخذا معا بالشفعة حق الانتفاع المبيع . فيعودا كما كانا مالكين للعقار ملكية تامة . كذلك يستطيع أحد مالكي الرقبة وحده أن يأخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع ، إذ هو النصف « الملبس » للنصف الذي يملكه في الرقبة ، فيعود

(١) ويلاحظ أن الذي يملك بالشفعة هنا ليس هو حق الملكية ، بل هو حق الانتفاع . فالشفعة تكون في هذه الحالة سببا لكسب حق الانتفاع (أنظر م ١١٩٨٥ مدن) .

كما كان مالكا لنصف العقار في الشيوع ملكية تامة ، ويبقى المالك الآخر للرقبة الذي لم يأخذ بالشفعة مالكا لنصف الرقبة في حين أن المشتري لحق الانتفاع يستبقى نصف هذا الحق . وعلى هذا الوجه يكون نصف العقار في الشيوع مملوكا لأحد المالكين ملكية تامة ، والنصف الآخر يملك رقبته المالك الآخر ويملك حق الانتفاع فيه المشتري لحق الانتفاع . وقد يعترض المشتري لحق الانتفاع على هذه النتيجة ، ويتمسك بعدم تفرق الصفقة عليه ، إذ هو قد اشترى كل حق الانتفاع ولم يخلص له إلا نصفه . ففي هذه الحالة يكون له الحق في إجبار مالك نصف الرقبة الذي أخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع على أن يأخذ أيضا النصف الآخر لحق الانتفاع معنا لتفرق الصفقة ، أو أن يترك الشفعة في نصف حق الانتفاع الذي أراد أخذه . فان أخذ مالك نصف الرقبة كل حق الانتفاع أصبح مالكا لنصف العقار ملكية تامة ومالكا لحق الانتفاع في النصف الآخر ، وإن ترك الشفعة خالص لمشتري لحق الانتفاع حقه كاملا ولا تتفرق عليه الصفقة ، ويبقى مالكا للرقبة كما هما ما لكان للرقبة في الشيوع بعد أن ترك كل منهما حق الأخذ بالشفعة (١) .

(١) وقد قلنا أن المشروع التمهيدى لتقنين المبنى الجديد كان يتضمن نصا يقضى بغير هذا الحكم ، فقد كانت المادة ١٣٨٥ من هذا المشروع تنص على أنه « ١ - لاشفعة إن شمل البيع في نفس الوقت وبشئ واحد ، غير الحق الذي يجوز أخذه بالشفعة ، حقوقا أخرى لاشفعة فيها . ٢ - إلا أنه إذا كان يملك المنفعة أو الرقبة أشخاص متعددون وبيع كل الرقبة أو كل المنفعة ، فإن لمؤلا الأشخاص أن يطلبوا الأخذ بالشفعة مجتمعين » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في الفرض الذي نحن بصدده : « إذا كان يملك الرقبة أشخاص متعددون وبيع حق المنفعة كله ، فإن أحدا من أصحاب الرقبة لا يستطيع أن يشفع وحده في الجزء من حق المنفعة الذي يقابله ما يملك من الرقبة حتى لا تنجز الصفقة ، كما لا يستطيع أن يشفع وحده في حق المنفعة كله لأنه لا يملك الشفعة في بعض أجزائه . ولكن يجوز لأصحاب الرقبة مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة في حق المنفعة كله . لأن الصفقة في هذه الحالة لا تنجز كما أن كل جزء من حق المنفعة مشفوع فيه » . وذكرنا أن لجنة مجلس الشيوخ انتهت إلى حذف هذا النص ، وترك حكمه لاجتهاد القضاء . وقررنا أن الرأي الذي يتشبه مع ما يسير عليه القضاء هو جواز الأخذ بالشفعة فيما تنوافر فيه الشروط ، وذلك ما لم يتسك المشتري بعدم تفرق الصفقة عليه ، فينتج عنه أنه يأخذ الشفع بالشفعة في العتار كله . وقد اختلف الفقهاء المصري ، فرأى يقول بذلك (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٢٧) ، ورأى يذهب إلى العمل بالنص الذي حذفته لجنة مجلس الشيوخ بالرغم من حذفه (عبد المصم فرج للصدمة فقرة ٢٧٤) - وانظر آنفا فقرة ١٦٩ في آخره .

يبقى أن نستعرض فرضاً آخر . هو أن يملك العقار مالكان في الشيوع (كل بمقدار النصف مثلاً) . ويرتبان معاً حق الانتفاع في هذا العقار لمصلحة شخصين في الشيوع كل بمقدار النصف . فإن باع أحد صاحبي حق الانتفاع النصف الشائع الذي له ، جاز للمالك الرقة أن يأخذ معاً هذا النصف بالشفعة ، لأن كلا منهما يملك الأخذ بالشفعة . كذلك يستطيع أحد مالكي الرقة وحده أن يأخذ هذا النصف ، ولا يستطيع المشتري أن يعترض لأن الصفقة لم تفرق عليه . وإذا باع صاحباً حق الانتفاع كل الحق لمشتري واحد ، جاز للمالك الرقة أن يأخذها معاً بالشفعة . وجاز لأحدهما أن يأخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع الملبس لحقه في الرقة . إلا إذا تمسك المشتري بعدم تفرق الصفقة فيتحتم عندئذ على مالك نصف الرقة إما أن يأخذ كل حق الانتفاع أو أن يترك الأخذ بالشفعة أصلاً^(١) .

١٨١ - الشريك في الشيوع : وثبتت صفة الشفع ، في المرتبة الثانية .

• للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي ، (م ٩٣٦ بنـدب مدني) . وبمخلص من النص أن هناك عقاراً شائعاً وأن أحد الشركاء في الشيوع باع حصته الشائعة أو شيئاً منها إلى أجنبي . فيكون للشركاء في الشيوع الآخرين أو لأى منهم أن يأخذ بالشفعة الحصة الشائعة المبيعة . فيجب إذن : (١) أن يكون هناك عقار شائع . (٢) وأن يبيع أحد الشركاء حصته الشائعة . (٣) وأن يكون البيع لأجنبي :

يجب أن يكون هناك عقار شائع (٢) . فالعقار الذي كان شائعاً ، ثم قسم

(١) وترى الأحكام التي تقدمناها على حق الاستعمال وحق السكنى في الأحوال التي يجوز فيها النزول عن هذين الحقيين . وقد قضت المادة ٩٩٧ مدني على أنه « لا يجوز النزول عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى ، إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي » (أنظر إسماعيل غانم ص ٦٧ - عبد المنعم فرج الصدة بقرة ٢٧٥ - منصور مصطفى منصور بقرة ١٢٩ ص ٣١٠ - حسن كيرة ص ٢) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الشريك هو المالك على الشيوع وإذا كان المشتري لا يكون مالكا إلا بتسجيل عقده ، ومن وقت التسجيل لأقبله ، فإن الحكم ، إذا نفي حق الشفع في الشفعة على أساس أن تسجيل عقده حصة شائعة في القطعة التي بها الألبان المشفوعة لاحق لعقد البيع الصادر إلى المشفوع منه لا يكون قد أخطأ (نقض مدني ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٣١٤ ص ٦٢٨) . وانظر محمد علي عرفة ٢ بقرة ٢٣٤ ص ٤١١ - عبد المنعم فرج الصدة بقرة ٢٧٦ ص ٤٠٥ .

إلى أجزاء مفروزة لكل شريك جزء مفروز اختصاص به . لا تكون فيه شفعة بسبب الشركة في الشروع ^(١) . وإذا باع أحد منهم جزءه المفروز . لم يكن للآخرين

٥٠ والمفروض هنا أن شخصا اشترى حصة شائعة في عقار ، وقبل أن يسجل عقد شرائه باع شريك آخر حصته الشائعة في هذا العقار لمشتري آخر . ثم سجل المشتري الأول عقد شرائه . فطلب محكمة النقض إلى أن هذا المشتري الأول لم يصبح مالكا للحصة الشائعة التي اشتراها ، بالنسبة إلى المشتري الآخر ، إلا من وقت التسجيل . فتكون ملكيته للحصة الشائعة المشفوع بها لاحقة لبيع الحصة الشائعة للمبتع الآخر ، ومن ثم ينتفى حق الشفعة .

ونحن نرى أن التسجيل أثراً رجعياً فيما بين المتعاقدين ، وأن المشتري إذا سجل عقد شرائه أصبح مالكا للعقار الذي اشتراه من وقت البيع لا من وقت التسجيل . وذلك بالنسبة إلى البائع وإلى كل شخص لا يعتبر من « الغير » في البيع الذي تم تسجيله (أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٢ وما بعدها) . وفي الفرض الذي نحن بصدده ، لما سجل المشتري الأول عقد شرائه ، يكون قد أصبح مالكا من وقت البيع ، لا من وقت التسجيل ، بالنسبة إلى البائع له ، وكذلك بالنسبة إلى المشتري الآخر للحصة الشائعة الأخرى المشفوع فيها لأن هذا المشتري الآخر لا يعتبر من « الغير » بالنسبة إلى البيع الأول . ومن ثم تكون ملكية المشتري الأول للحصة الشائعة التي اشتراها سابقة على البيع الصادر للمشتري الآخر ، فيكون المشتري الأول أن يشفع في الحصة الشائعة المبيعة للمشتري الآخر . ونظير ذلك مشتري لعقار لم يسجل عقده ، وبيع عقار مجاور لعقاره توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب الأخذ بالشفعة ثم سجل عقده . فلو أخذنا بالأثر الرجعي على الرأي الذي نذهب إليه ، لا اعتبر المشتري مالكا للعقار المشفوع به قبل بيع العقار المشفوع فيه ، ولأمكن الأخذ بالشفعة . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي - وهذا ما فعلته محكمة النقض هنا أيضاً (٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمره رقم ١١٢ ص ٢٥٥ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ ص ٣٢ - ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠) - فإن المشتري لا يعتبر مالكا للعقار المشفوع به إلا بعد بيع العقار المشفوع فيه ، فلا يمكنه الأخذ بالشفعة (أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٧ - ص ٥٢٨) .

(١) وإذا ادعى المشتري وقوع القسمة وأن الشفع ليس شريكاً في الشروع بعد وقوعها ، ف عليه أن يثبت ذلك ، وله أن يثبت بجميع طرق الإثبات . ولا يعتبر تأجير أحد الشركاء في الشروع المال الشائع كله أوبعضه دليلاً على وقوع القسمة (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٣ ص ٩٠٦) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم ، إذ قرر عدم حصول قسمة في العقار المشفوع به ، قد أقام قضاءً على ما حصلته المحكمة تحصيلاً سائقاً من أن الأعمال المادية التي أثبتتها خير الدعوى - استحداث مبانٍ بالمنزل - غير قاطعة في إفادة هذا المعنى ، فإن التمس على هذا الحكم القصور في التسبب استناداً إلى أنه لم يرد على المطاعن التي وجهها الطاعن إلى الخير وإلى أعماله ، ولأنه نسخ محضر مناقشة الخير . هذا انتهى يكون في غير محله (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٣ ص ٩٠٦ =

أن يشفعوا فيه باعتبارهم شركاء في الشبوع ، فهم بعد القسمة لم يعودوا شركاء في الشبوع بل أصبحوا جيراناً . وعلى ذلك إذا جاز لأحد منهم أن يأخذ بالشفعة الجزء المقرز المبيع . فأنما يجوز له ذلك باعتباره جارا إذا استوفى سائر شروط الجار فيما سنيته . ولا يجعل الحائط المشترك الفاصل بين عقارين هذين العقارين شائعين بين مالكيهما ، لأن الشركة هنا مقصورة على الحائط وليست في ذات العقار . بل يكون كل مالك منهما جارا للمالك الآخر ، ويشفع بالجار إذا توافرت شروطه ^(١) . كذلك إذا كان هناك فناء مشترك أو طريق مشترك أو مجرى مشترك ^(٢) بين عقارين ، فالعقاران لا يكونان شائعين بل يكونان متجاورين ، والشفعة في كل منهما تكون بالجار إذا توافرت شروطه .

ويجب أن يبيع أحد الشركاء حصته الشائعة . فإذا باع جزءا مفرزا من المال الشائع ، فقد قلطنا في الجزء الثامن من الوسيط أن هذا البيع وإن كان صحيحا فيما بين المتعاقدين فيما لو كان المشتري يعلم أن البايع للجزء المقرز إنما

= وهو الحكم السابق الإشارة إليه) . وقضت أيضاً بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد عرضت لما أدلى به الطاعنان (المشفوع ضدهما) في دفاعهما من أنهما يمتلكان على الشبوع في الأبنان التي يقع بها القدر المشفوع فيه وأنهما يفضلان الشفعية بشرائهما لذلك القدر ، وانتهت إلى عدم التصويل عليه تأسيساً على ما استظهرته من المستندات التي قدمت لها استظهاراً صحيحاً من زوال حالة الشبوع التي كانت قائمة قبل الحكم بالقسمة وإقرار الطاعنين للقسمة التي تمت بموجبه ، وارتضاءهما له ، وإعمالها مقتضاه من قبل شرائهما للشفعة المرفوعة فيها وعند تحرير العقد النهائي المسجل الصادر لهما من المطون عليهما الثانية ، وقد أفاضت حكمها في هذا الخصوص على أسسها سائفة تؤدي إلى النتيجة التي خلصت لها ، فإن النص على حكمها بالقصور والتناقض يكون في غير محله (نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص ٤٢) .

(١) إسماعيل غانم ص ٦٣ - عبد المنعم فرج الصلدة بقرة ٢٧٦ ص ٤٠٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان المشتري لا يدرك أن يكون شريكاً على الشبوع في مجرى مد الرى يشق الأبنان المبيعة موضوع الشفعة ، فإن هذا الوضع لا يصح أن يوصف به المشتري بأنه شريك في الشبوع في جميع العقار المبيع برضه إلى مضاف الشريك على الشبوع الذي له حق أخذ العقار المبيع بالشفعة (نقض مدني ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٤ ص ١٠٦) - وقضت محكمة الاستئناف المخلقة بأنه إذا وقع البيع على الأرض وعلى جزء مشاع من آلة الرى التي تروى بها ، فليس للشريك في ملكية الآلة وحدها أخذ الأرض المبيعة بالشفعة ، إذ هو ليس شريكاً في الأرض (استئناف مخطوط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٥٧) - وانظر عبد المنعم البدرولى بقرة ٣٨٩ - عبد المنعم فرج الصلدة بقرة ٢٧٦ ص ٤٠٤ .

ملك في الشيوع ، يكون غير نافذ في حق الشركاء المشتاعين الآخرين ، فلا يصبح المشتري مالكا على الشيوع معهم . وقررنا أنه لا يجوز لأحد من هؤلاء الشركاء المشتاعين أن يستعمل حق الاسترداد لهذا الجزء المفرز المبيع فيها لو كان جزءا مفزرا في مال منقول أو في مجموع من المال ، بل ولا يجوز أن يسترد من المشتري حتى الحصة الشائعة التي للشريك البائع في الجزء المفرز المبيع ، لأن حق الاسترداد إنما يكون في بيع حصة شائعة ولا يكون في بيع شيء مفرز . وما قررناه فيما يتعلق باستعمال حق الاسترداد هناك نقرره فيما يتعلق باستعمال حق الشفعة هنا ، فلا يجوز لشريك في الشيوع أن يشفع في جزء مفرز من العقار الشائع بآءه شريك آخر ، ولا تجوز الشفعة إلا إذا بيعت حصة شائعة في العقار لا جزء مفرز فيه . ويجب تفسير عبارة « إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي » الواردة في المادة ٩٣٦ بئدب ملئ فيها رأينا ، بأن لفظ « شيء » مقصود به حصة شائعة ، فيكون المقصود من عبارة « بيع شيء من العقار الشائع » بيع حصة شائعة في هذا العقار . وكما لا يجوز للشريك المشتاع أن يشفع في جزء مفرز من العقار الشائع بآءه شريك آخر ، كذلك لا يجوز للمشتري لهذا الجزء المفرز أن يشفع في حصة شائعة من العقار بآءها شريك مشتاع . ذلك أن المشتري للجزء المفرز لا يصبح مالكا في الشيوع مع الشركاء المشتاعين كما سبق القول ، فلا يجوز له أن يشفع في حصة شائعة في العقار بآءها شريك مشتاع (١) . وإذا اشترى هذا المشتري بعد ذلك حصة شائعة في نفس العقار ، وأراد أحد الشركاء الآخرين أخذ هذه الحصة بالشفعة ، جاز له ذلك ، ولا يحتج عليه المشتري بأنه هو نفسه شريك مشتاع مثله قبل شرائه للحصة الشائعة بحجة أنه سبق له أن اشترى الجزء المفرز حتى لا يجوز لشريك أن يأخذ منه بالشفعة (٢) .

-
- (١) نقض ملئ ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢١ ص ١٠٩ .
 (٢) نقض ملئ ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٠ ص ١١٨٧ - وانظر الوسيط ٨ فقرة ٥٣١ في الماش - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٤ - إساعيل غانم ص ٦٩ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٧٨ ص ٤٠٨ - ص ٤٠٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٠ ص ٣١٣ - حسن كيرة ص ٤ - ص ٥ - وانظر عكس ذلك وأنه تجوز الشفعة في بيع الجزء المفرز من العقار الشائع : محمد عل حرة ٢ فقرة ٢٣٥ ص ٤١٢ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٥١ ص ٣٤٤ - ص ٣٤٥ - عبد المنعم البدرلوى فقرة ٣٩٢ ص ٤٣٣ .

ويجب أخيراً أن يكون بيع الحصة الشائعة لأجنبي . فلو باع الشريك المشتاع حصته الشائعة لشريك مشتاع مثله . لما جاز لشريك مشتاع ثالث أخذ هذه الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة . ذلك أن بيع الحصة الشائعة التي يراد أخذها بالشفعة يجب أن يكون صادراً إلى أجنبي لا إلى شريك مشتاع ، وهذا هو صريح نص المادة ٩٣٦ بند ب مدني إذ تقول كما رأينا : « للشريك في الشيوع ، إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي » . هذا إلى أن المادة ٣/٩٣٧ مدني تنص على ما يأتي : « فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شافعاً . بمقتضى نص المادة السابقة . فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى ، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى » . فإذا كان المشتري للحصة الشائعة هو نفسه شريك في الشيوع ، ففضل على شافع هو مثله شريك في الشيوع لأنه شافع من طبقته . وإنما يأخذ الشريك في الشيوع الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة إذا كان الذي اشترى هذه الحصة أجنبياً أي غير شريك في الشيوع ، لأن الشافع هنا يكون من طبقة أعلى فيتقدم المشتري (١) . ولم يكن هذا الحكم المعقول هو السائد في عهد التقنين المدني السابق ولا في عهد قانون الشفعة السابق ، فقد كانت نصوص هذه التشريعات غير واضحة في هذا المعنى . وساد في عهدها الرأي العكسي الذي يجعل الشريك المشتري لا يتقدم على الشريك الشافع ، بل يتقاسمان الصفقة معاً . فكان لا يشترط إذن أن يكون بيع الحصة الشائعة صادراً إلى أجنبي كما اشترط ذلك صراحة التقنين المدني الجديد ، بل كان يجوز الأخذ بالشفعة من المشتري لحصة شائعة ولو كان هو نفسه شريكاً في الشيوع . وكان هذا الرأي العكسي يدعمه الفقه الإسلامي في مختلف مذاهبه ، كما كان يدعمه الفقه والقضاء ، وأقرته محكمة النقض في أحكام متعاقبة (٢) . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام في تراحم الشفعاء .

(١) فلو كان المشتري جازاً توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فإنه يعتبر مع ذلك أجنبياً بالنسبة إلى الشركاء في الشيوع ، ويستطيع أحد هؤلاء الشركاء أن يأخذ منه الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة ، لأن البيع صادر لأجنبي ، ولأنه إذا كان الجار شافعاً فإن الشريك في الشيوع في طبقة أعلى من طبقته فيستطيع الأخذ منه بالشفعة .

(٢) انقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦١ ص ٧٠٩ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٩ ص ٢٧٢ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ . مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٠ ص ١٨٩ .

وقد رأينا فيما تقدم أن الشرط الأول لأخذ الشريك في الشيوع الحصة الشائعة بالشفعة هو أن يكون هناك عقار شائع . ونحدد الآن ما هو المقصود بالعقار الشائع . يشمل العقار الشائع أول ما يشمل . بطبيعة الحال . العقار المملوك ملكا تاما لعدد من الشركاء في الشيوع . ولكنه يشمل أيضا رقة العقار إذا انفصل عنها حق الانتفاع . فتكون رقة العقار عقارا شائعا إذا كانت مملوكة لعدد من الشركاء في الشيوع . ويشمل أخيرا حق الانتفاع بعقار إذا انفصلت عنه الرقة ، فيكون حق الانتفاع بعقار عقارا شائعا إذا كان هذا الحق مملوكا لعدد من الشركاء في الشيوع ^(١) . ويجب أن نميز تمييزا دقيقا بين مالك الرقة باعتباره مالكا للرقة . وبين مالك الرقة باعتباره مالكا في الشيوع . فمالك الرقة باعتباره مالكا للرقة لا يتقدم كشفيع إلا إذا كان يشفع في حق الانتفاع ، ونص المادة ٩٣٦ بند ١ مدني صريح في هذا المعنى إذ يقول : « ثبت حق الشفعة لمالك الرقة . إذا بيع كل حق الانتفاع للملابس لها أو بصفة » . أما مالك الرقة . إذا شفع في حصة شائعة في هذه الرقة لا في حق الانتفاع . فانه يتقدم كشفيع باعتباره مالكا في الشيوع لعقار شائع هو الرقة ، لا باعتباره مالكا للرقة . وإذا تقدم مالك الرقة يشفع في حق الانتفاع باعتباره مالكا للرقة كانت له المرتبة الأولى بين الشفعاء ، أما إذا تقدم يشفع في حصة شائعة في الرقة باعتباره مالكا في الشيوع فان مرتبته بين الشفعاء تكون هي المرتبة الثانية لا المرتبة الأولى . ويجب كذلك أن نميز تمييزا دقيقا بين صاحب حق الانتفاع باعتباره صاحب حق انتفاع . وبين صاحب حق الانتفاع باعتباره مالكا في الشيوع . فصاحب حق الانتفاع باعتباره صاحب حق انتفاع لا يتقدم كشفيع إلا إذا كان يشفع في الرقة ، ونص المادة ٩٣٦ بند ٢ مدني صريح في هذا المعنى إذ يقول : « ثبت حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ، إذا بيعت كل الرقة للملابسة لهذا الحق أو بعضها » . أما صاحب حق الانتفاع ، إذا شفع في حصة شائعة في حق الانتفاع

(١) أما أن كلا من حق الرقة في عقار وحق الانتفاع في عقار يعتبر عقاراً ، فهذا ثابت بصريح النص ، إذ تقول الفقرة الأولى من المادة ٨٣ مدني : « يعتبر مالا عقارياً كل حق صفي يقع على عقار » .

لا في الرقبة ، فانه يتقدم كشفع باعتباراه مالكا في الشيوع لعقار شائع هو حق الانتفاع ، لا باعتباره صاحب حق انتفاع (١) . وإذا تقدم صاحب الانتفاع يشفع في الرقبة باعتباره صاحب حق انتفاع كانت له المرتبة الثالثة بين الشفعاء ، أما إذا تقدم يشفع في حصة شائعة في حق الانتفاع باعتباره مالكا في الشيوع فان مرتبته بين الشفعاء تكون هي المرتبة الثانية لا المرتبة الثالثة .

(١) وهناك خلاف في الرأي فيما إذا كان للشريك المشتاع في حق الانتفاع الوارد على عقار أن يأخذ بالشفعة حصة شائعة في حق الانتفاع يبيها شريك آخر في هذا الحق لأجنبي . فرأى يذهب إلى عدم الجواز « لأن المادة ٩٣٦ مدني غولت الشريك في الشيوع حق الشفعة إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي ، فالذي له الحق هو الشريك في الملك لا الشريك في الانتفاع . كما أن صاحب حق الانتفاع لا يكون له الحق في الشفعة إلا إذا بيعت الرقبة ، وقد غول هذا الحق كما غوله مالك الرقبة عند بيع حق الانتفاع لحكمة هي جمع ما تفرق في حق الملكية » (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢١٤ ص ١٩٩) . « ولوقصد القانون إعطاء الشريك في الانتفاع الحق في الشفعة إذا باع الشريك الآخر حقه لما أعوزه النص على ذلك صراحة ، وهو قد نص صراحة على حق المتشفع في الشفعة إذا بيعت الرقبة . . وعلى حق مالك الرقبة في الشفعة إذا بيع الانتفاع للملابس لها . . ولكنه لم يذكر الشريك الذي له حصة في حق الانتفاع المبيع ، ومن المعلوم أن الشفعة رخصة استثنائية ، ومن ثم لا يجوز التوسع في النصوص الخاصة بها . ومن جهة أخرى فإن الشفعة لا تكون إلا طريقاً من طرق الملك ، وهي ليست طريقة لكسب الانتفاع إلا استثناء ، والاستثناء يجب أن يكون صريحاً » (عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٩٠ ص ٤٣١) .

ولكن الرأي السائد هو عكس الرأي المتقدم ، ويقول - كما قررنا في المتن - بأن للشريك في حق الانتفاع أن يأخذ بالشفعة حصة شائعة في حق الانتفاع يبيها شريك آخر لأجنبي ، لأن « عبارة الشريك في الشيوع تشمل الشريك في حق الانتفاع كما تشمل الشريك في حق الملكية ، لأن كليهما شريك في العقار المبيع ، والمصلحة في استبعاد الأجنبي عند تقييم حابة الشيوع متحققة في حالة الانتفاع كما هي متحققة في حالة الملكية . . وعلى ذلك يمكن القول بأن حق الانتفاع قد يكسب في هذه الصورة من طريق الشفعة ، ويكون الشفع في هذه الحالة صاحب حق الانتفاع لأمالك العقار » (شفيق شحاتة فقرة ٢٤٦ ص ٢٦١) - وانظر في هذا المعنى : محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٣٦ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٥٠ - إسماعيل غانم ص ٦٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٧ - منصور . مصطفي منصور فقرة ١٣٠ ص ٣١٢ - حسن كيرة ص ٣ . والذي أوجد اللبس في هذه المسألة : في رأينا ، هو عدم التمييز بين صاحب حق الانتفاع وهو يشفع في الرقبة وقد نص على ذلك في المادة ٩٣٦ بند ح مدني ، وبين صاحب حق الانتفاع وهو يشفع كشريك مشتاع في حصة شائعة في حق الانتفاع وشأنه في ذلك هو شأن الشركاء في الشيوع وقد نص على ذلك في المادة ٩٣٦ بند ب مدني .

ويخلص من ذلك أمران : (الأمر الأول) أن رقة العقار التي انفصل عنها حق الانتفاع هي نفسها عقار ، وقد يملكها عدة شركاء في الشيوع . فإذا بيعت حصة شائعة في هذه الرقة ، كان لها شفيعان : (١) شريك مشتاع في الرقة غير الشريك البائع ، ويشفع باعتباره مالكا في الشيوع ، أى باعتباره شفيعا في المرتبة الثانية .^(١) صاحب حق الانتفاع ، وهو الحق الذي انفصل عن الرقة ، ويشفع صاحبه باعتباره صاحب حق انتفاع ، أى باعتباره شفيعا في المرتبة الثالثة . فإذا تراحم هذان الشفيعان قدم من كان في مرتبة أعلى ، ومن ثم يقدم الشريك المشتاع في الرقة وهو في المرتبة الثانية على صاحب حق الانتفاع وهو في المرتبة الثالثة^(٢) . (والأمر الثاني) أن حق الانتفاع الذي انفصل عن الرقة هو نفسه عقار ، وقد يملكه عدة شركاء في الشيوع . فإذا بيعت حصة شائعة في حق الانتفاع ، كان لها شفيعان : (١) مالك الرقة ، وهي الحق الذي انفصل عنه حق الانتفاع ، ويشفع مالكة باعتباره مالكا للرقة ، أى باعتباره شفيعا في المرتبة الأولى . (٢) شريك مشتاع في حق الانتفاع غير الشريك البائع ، ويشفع باعتباره مالكا في الشيوع ، أى باعتباره شفيعا في المرتبة الثانية . فإذا تراحم هذان الشفيعان قدم من كان في مرتبة أعلى ، ومن ثم يقدم مالك الرقة وهو في المرتبة الأولى على الشريك المشتاع في حق الانتفاع وهو في المرتبة الثانية .

١٨٢ - صاحب حق الانتفاع : وتثبت صفة الشفيع ، في المرتبة الثالثة . « لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقة الملائمة لهذا الحق أو بعضها » (م ٩٣٦ بند ح مدنى) . ويخلص من هذا النص أن صاحب حق الانتفاع هنا يشفع في الرقة ولذلك يأتى في المرتبة الثالثة كما قدمنا ، أما إذا كان يشفع في حصة شائعة في حق الانتفاع فإنه يشفع فيها كشريك في الشيوع ويأتى في المرتبة الثانية شأنه في ذلك شأن سائر الشركاء في الشيوع كما سبق القول .

(١) وكان المشروع المهدى لنص المادة ٩٣٦ مدنى ينزل الشريك في الشيوع إلى المرتبة الثالثة ويرفع صاحب حق الانتفاع إلى المرتبة الثانية ، فكانا إذا تراخيا في النقص الذى نحن بصدد ، قدم صاحب حق الانتفاع على الشريك المشتاع في الرقة ، على عكس ما ذهبنا إليه في المتن . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أدنى ، عند الكلام في تراحم الشفعاء .

وقد تقدم الكلام في صاحب حق الانتفاع عند ما يشفع في حصة شائعة في هذا الحق عند الكلام في شفعة الشريك في الشيوع ^(١) ، والذي يعيننا هنا هو الكلام في صاحب حق الانتفاع عند ما يشفع في الرقبة ^(٢) . وتدرج في الفروض هنا ، كما تدرجنا في الفروض بالنسبة إلى شفعة مالك الرقبة في حق الانتفاع ^(٣) .

فأبسط الفروض هو أن يكون هناك عقار مملوك لشخص ، وقد رتب عليه حق انتفاع لمصلحة شخص آخر ، فأصبح مالك العقار مالكا لرقبته فقط . فاذا باع هذا الأخير الرقبة التي يملكها ، كان لصاحب حق الانتفاع أن يشفع في الرقبة المبيعة ، فيلم بذلك شتات الملكية إذ يصبح مالكا للعقار ملكية تامة .

(١) أنظر آتفاًقرة ١٨١ .

(٢) وقد ناقشت لجنة الأيتاذ كامل صدق أحقية صاحب حق الانتفاع في أن يشفع في الرقبة . فتسائل الرئيس عما إذا كان من المستحسن منح حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ولوانصب حقه على جزء من العقار المبيع ، على أن يقصر حقه في الشفعة على جزء من ملكية الرقبة الذي ينصب عليه حقه في الانتفاع . فرأى أحد الأعضاء « عدم منح حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع إلا إذا كان هو المتفع الوحيد ، وعدم التسليم بهذا الحق إذا تعدد أصحاب حق الانتفاع ، وذلك دزماً للمشاكل والصعوبات التي قد تعرض في مثل هذه الحالة » . وعادرس عضو آخر « فكرة تقرير حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ، لأنها تؤدي إلى التدخل في الملكية في حين أنه قد يكون من المتعين بقاؤه بعيداً عن كل تعاقب يمس ملكية الرقبة ، وخاصة فإن حقه وهو في الأصل موقوف بحياته لا يتأثر بما قد يطرأ على ملكية الرقبة من تغير . ثم قال أحد الأعضاء « إنه يرى عدم الاعتراف بحق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ، لأنه يكاد في الواقع يكون معلوماً في مصر » . وهنا أشار الرئيس إلى سبق موافقة اللجنة في الجلسة الماضية على الاعتراف بحق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ، وأضاف أن قرارات اللجنة بطبيعتها غير نهائية بل هي مؤقتة وقابلة للتديل ، إلا أنه يحسن عدم المدول عن الرأي الذي انتهت إليه اللجنة في الجلسة الأخيرة بالنسبة لصاحب حق الانتفاع . ومع ذلك فهو يقترح إمعاناً في التضييق من هذا الحق النص التالي عوضاً عن النص الذي أقرته اللجنة في الجلسة الأخيرة :

« ٣ - لصاحب حق الانتفاع إذا بيع الجزء من الرقبة الملابس لهذا الحق » . واقترح أحد الأعضاء الصيغة الآتية : « لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة الملابس لهذا الحق إلى أجنبي » . فوافقت اللجنة على هذا النص الأخير . ثم عاد أحد الأعضاء إلى مناقشة هذا النص الأخير ، وانتهت اللجنة إلى الموافقة على النص الآتي : « ٣ - لصاحب حق الانتفاع في حالة ما إذا لم يقع البيع إلا على الجزء من الرقبة الملابس لهذا الحق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٧ - ص ٣٦٩ في الماش) .

(٣) أنظر آتفاًقرة ١٨٠ .

وهذا هو الغرض الذى أعطى من أجله صاحب حق الانتفاع الشفعة فى الرقبة .
وفى فرض ثان أكثر تعقيدا يملك العقار شخصان فى الشيوع ، ويرتبان
عليه حق انتفاع لمصلحة شخص واحد ، فيصبحان مالكين لرقبة العقار فى
الشيوع ، ونفرض أن لكل منهما النصف . فإذا باع أحدهما النصف الذى
يملكه فى الرقبة ، كان لهذا النصف شفعان كما قدمنا (١) ، مالك النصف
الآخر للرقبة ويعتبر شريكا فى الشيوع وهو مقدم إذ هو فى المرتبة الثانية من
الشفعاء ، فإذا لم يأخذ بالشفعة جاز أن يأخذ بها صاحب حق الانتفاع وهو
تال فى المرتبة إذ هو فى المرتبة الثالثة بين الشفعاء . فإذا أخذ صاحب حق الانتفاع
النصف المبيع من الرقبة بالشفعة ، لم شتات ملكية العقار فى نصفه إذ يصبح
مالكا ملكية تامة لهذا النصف ، ويظل صاحب حق انتفاع فى النصف الثانى
من العقار . فهذه على كل حال خطوة نحو لم شتات الملكية ، قد تتلوها خطوة
أخرى إذا باع مالك النصف الآخر من الرقبة النصف الذى يملكه ، فيأخذه
بالشفعة صاحب حق الانتفاع فى هذا النصف من الرقبة باعتباره صاحب حق
انتفاع يشفع فى الرقبة ، بل يستطيع أن يأخذه قبل ذلك باعتباره شريكا فى
الرقبة إذ قد سبق له أن شفع فى نصفها ويكون ذلك باعتباره شريكا فى الشيوع ،
فيملك فى الحالين العقار كله ملكية تامة ، ويلم شتات الملكية على وجه كامل .
والفرض الثالث الأكثر تعقيدا من الفرضين المتقدمين ، يملك فيه العقار
شخص واحد ويرتب عليه حق انتفاع لشخصين فى الشيوع (لكل منهما النصف
مثلا) ، فيصبح بذلك مالكا لرقبة العقار . فإذا باع هذه الرقبة ، فلا شك فى
أن صاحبي حق الانتفاع لما أن يشفعا معاً فى الرقبة كل بقدر النصف ، فيصبحا
مالكين مناصفة للعقار ملكية تامة . كذلك يستطيع أحد صاحبي حق الانتفاع
أن يأخذ بالشفعة نصف الرقبة الملاصق للنصف الذى يملكه فى حق الانتفاع ،
فيصبح مالكا لنصف العقار فى الشيوع ملكية تامة ، ويبقى النصف الآخر من
العقار مقسما بين صاحب حق الانتفاع الآخر والمشتري لكل الرقبة وقد أصبح
الآن لا يملك إلا نصفها بعد أن أخذ منه النصف بالشفعة . وقد يعترض هذا
المشتري على ذلك متمسكا بعدم تفرق الصفقة عليه ، إذ هو قد اشترى كل
الرقبة ولم يخلص له إلا نصفها . ففى هذه الحالة يكون له الحق فى إجبار صاحب

نصف حق الانتفاع الذى أخذ بالشفعة نصف الرقبة على أن يأخذ النصف الآخر فى الرقبة منعاً لتفريق الصفقة ، أو أن يترك الشفعة فى نصف الرقبة الذى أراد أخذه . فإن أخذ صاحب نصف حق الانتفاع كل الرقبة ، أصبح مالكا لنصف العقار ملكية تامة ومالكا للرقبة فى النصف الآخر . وإن ترك الشفعة ، خلص لمشتري الرقبة حقه كاملا فى الرقبة التى اشتراها ولا تتفرق عليه الصفقة ، وظل مالكا حق الانتفاع كما هما مالكين لهذا الحق فى الشيوع بعد أن ترك كل منهما حق الأخذ بالشفعة (١) .

يبقى أن نستعرض فرضا أخيرا ، هو أن يملك العقار مالكان فى الشيوع (كل بمقدار النصف مثلا) . ويرتبان معاً حق الانتفاع فى هذا العقار لمصلحة شخصين فى الشيوع كل بمقدار النصف . فإن باع أحد مالكي الرقبة النصف الشائع الذى يملكه فى الرقبة ، جاز للمالكى حق الانتفاع أن يأخذ معاً هذا النصف بالشفعة ، لأن كلا منها يملك الأخذ بالشفعة ، ما لم يطلبه الشريك الآخر فى الرقبة فيأخذه لأنه شريك فى الشيوع ومقدم فى المرتبة على صاحبه

(١) وقد سبقت الإشارة إلى المادة ١٣٨٥ من المشروع التمهيدى التى كانت تنص على أنه : « . . . إذا كان يملك المنفعة أو الرقبة أشخاص متعددون ويبيع كل الرقبة أو كل المنفعة ، جاز لهؤلاء الأشخاص أن يطلبوا الأخذ بالشفعة مجتمعين » (أنظر أنفاً فقرة ١٦٩ فى آخرها و فقرة ١٨٠ فى الهامش) . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى الفرض الذى نحن بصدده : « إذا كان يملك المنفعة أشخاص متعددون ويبيع الرقبة كلها ، فإن أحداً من المستفيدين لا يستطيع أن يشفع وحده فى الجزء من الرقبة الذى يقابل حق انتفاعه حتى لا تتجزأ الصفقة . كما لا يستطيع أن يشفع وحده فى كل الرقبة لأنه لا يملك الشفعة فى بعض أجزائها . ولكن يجوز للمستفيدين مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة فى الرقبة كلها ، لأن الصفقة فى هذه الحالة لا تتجزأ كما أن كل جزء من الرقبة مشفوع فيه » . وذكرنا أن لجنة مجلس الشيوخ أنبتت إلى حذف هذا النص ، وترك حكمه لاجتهاد القضاء . وقررنا أن الرأى الذى يتماشى مع ما يسير عليه القضاء هو جواز الأخذ بالشفعة فيما تنوافر فيه الشروط ، وذلك ما لم يتمسك المشتري بعدم تفريق الصفقة عليه ، فتحت عندئذ أن يأخذ الشفع بالشفعة فى العقار كله . وقد اختلف الفقه المصرى . فرأى يقول بذلك ، ورأى يذهب إلى العمل بالنص الذى حذفته لجنة مجلس الشيوخ . بالرغم من حذفه (أنظر أنفاً فقرة ١٦٩ فى آخرها و فقرة ١٨٠ فى الهامش) . وانظر فى المعنى الذى نقول به فى الفرض الذى نحن بصدده : محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٤٠٦ - وانظر عكس ذلك وجوب العمل بالنص المحذوف : عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٧٩ ص ٤١٠ .

حق الانتفاع (١) . كذلك يستطيع أحد مالكي حق الانتفاع وحده أن يأخذ نصف الرقبة المبيع بالشفعة إذا لم يطلبه الشريك الآخر في الرقبة ، ولا يستطيع المشتري أن يعترض لأن الصفقة لم تفرق عليه . وإذا باع مالكا الرقبة كل الحق ، جاز لصاحبي حق الانتفاع أن يأخذه معا بالشفعة ، وجاز لأحدهما أن يأخذ بالشفعة نصف الرقبة الملابس لحقه في الانتفاع ، إلا إذا تمسك المشتري بعدم تفرق الصفقة ، فيتحم عندئذ على هذا الشفيع إما أن يأخذ كل الرقبة أو أن يترك الأخذ بالشفعة أصلا (٢) .

١٨٣ - مالك الرقبة والمتحكر في الحكر : وثبتت صفة الشفيع .

في المرتبة الرابعة ، « لمالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة » . وهذا السبب من أسباب الأخذ بالشفعة قد استحدثته التقنين المدني الجديد . فلم يكن معروفا لا في التقنين المدني السابق ولا في قانون الشفعة السابق (٣) . وقالت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في تبرير استحداثه : « ويلاحظ ثانيا أن المشروع قد زاد على الشفعاء الذين أقرتهم اللجنة المحتكر ومالك الرقبة ، فكل منها يأخذ بالشفعة من الآخر ، جمعا لما تفرق من حق الملكية كما في الرقبة وحق الانتفاع ، وابتغاء لوسيلة جديدة ينهى بها حق الحكر

(١) وإذا بيعت الرقبة كلها لأحد صاحبي حق الانتفاع ، لم يجوز لصاحب حق الانتفاع الآخر أن يشفع في حدود نصيبه فيه ، لأن صاحب حق الانتفاع الأول هو المشتري وقد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفيعا فيفضل على صاحب حق الانتفاع لأنه من طبقته (م ٩٣٧ مدني - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٤٠٧) .

(٢) وتسرى الأحكام التي قدمناها على حق الاستعمال وحق السكنى ، سواء كان لا يجوز النزول عن هذين الحقيين كما هو الأصل أو كان ذلك جائزا على سبيل الاستثناء (م ٩٩٧ مدني) . ذلك أن المادة ٩٩٨ مدني تنس على أن « . . . تسرى الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى ، متى كانت لاتعارض مع طبيعة هذين الحقيين » . أنظر عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٩ ص ٤١٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣١ ص ٣١٤ - حسن كبيرة ص ٢ .

(٣) أنظر في نفي حق الشفعة في الحكر في العهد السابق استئناف مخطط (دوائر مجتمعة) ١٤ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٧ ص ٨٤ - استئناف مخطط ٧ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩٢ ص ١١٥ - مصر الكلية ٢٦ أبريل سنة ١٨٩٢ المحاكم ٣ ص ٩٠ - ولكن قارن استئناف مصر ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٢ المحاكم ٥ ص ١٤٤ .

وهو حق غير مرغوب في بقاءه (١).

ونلاحظ بادية ذى بدء أن الحقين اللذين يأخذ أحدهما بالشفعة في الآخر .
في أرض محكرة للمحكر رقبته وللمستحكر حق المحكر فيها ، هما حق الرقبة
في هذه الأرض وحق المحكر فيها . أما البناء أو الفراس الذى يحدهه المحتكر
في الأرض المحكرة فهو عقار متميز عن كل من الرقبة وحق المحكر (٢) ،
ولا يشفع فيه إلا بطريق الجوار كما سيأتى ، أو بطريق بيعه تبعاً لحق المحكر
ذاته فعندئذ يؤخذ حق المحكر وما يتبعه من بناء أو فراس بالشفعة .

والفرض الذى نحن بصددده هو أن أرضاً رتب عليها صاحبها حق حكر :
فأصبح مالكاً لرقبة الأرض المحكرة وإلى جانيه المحتكر صاحب حق المحكر .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٢ - ص ٢٦٤ - وقد كان أحد أعضاء
لجنة الأستاذ كامل صدوق قد تساءل « عما إذا كان حق الشفعة يرسى كذلك بالنسبة للمحكر » ،
فاجاب رئيس اللجنة « بعدم إمكان التسليم بحق الشفعة للمحكر ، لأن المحكر يفترض وجود
وقف » . وأشار مع ذلك إلى حالة بعض المستحكرين المصرح بهم بالبناء على أرض الغير ،
واقترح منح هؤلاء حق الشفعة في الأرض التي أقاموا عليها مبانيهم ، فوافقت اللجنة على هذا
الاقتراح . ثم قال أحد الأعضاء « إنه توجد في بعض الأحيان مباني غير محمية أقامها صغار
الملاك على أرض الغير ، ولأخذ أن التسليم بحق الشفعة في مثل هذه الحالات يحول دون رفع
المستوى الصحى في الحى كله . فرد الرئيس على هذه الملاحظة بأن رفع المستوى الصحى
للحى . . يجب أن يترك أمره لتعنية الحكومة ، التي تحكم فرض شروط محمية أو إصدار مراسيم
بترع ملكية الحى كله أوبعضه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٣ في الهامش) .

(٢) بنص المادة ١٠٠٢ مدنى على أن « يملك المحكر : أحده من بناء أو فراس أو غيره
ملكاً تاماً ، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترناً بحق المحكر » . وقد عقبتنا على هذا النص .
عند الكلام في حق المحكر ، بما يأتى : « ويتبين من النص المتقدم الذكر أن المحكر إذا بى
أو فرس في الأرض المحكرة ، كان البناء أو الفراس ملكاً له دون اتفاق على ذلك مع المحكر .
ويكون للمحكر في هذه الحالة حقان يتميزان أحدهما عن الآخر : حق عيني في الأرض المحكرة
وهو حق المحكر سالف الذكر . وحق ملكية تامة في البناء أو الفراس الذى أحده في العين
المحكرة . ويجوز له أن يتصرف في كل حق مستقلاً عن الحق الآخر . فيبيع مثلاً البناء
أو الفراس مع استبقاء حق المحكر ، ويجب على المشتري في هذه الحالة أجر مثل الأرض المحكرة
دون التفات إلى القيمة المقررة في عقد المحكر الأول . ويبيع حق المحكر مع استبقاء البناء
أو الفراس ، وفي هذه الحالة يكون عليه دو أن يدفع أجر المثل لمن اشترى حق المحكر . ولكن
يطلب أن يتصرف في الحقين معاً ، فيبيع البناء أو الفراس مقترناً بحق المحكر ، ويحل المشتري
في هذه الحالة مكانه في كل من المحكر والبناء أو الفراس » (الوسيط ٦ فقرة ٨٠٦) .

فاذا باع هذا الأخير حق الحكر ، كان لمالك الرقبة أن يأخذ هذا الحق بالشفعة ، فينتهى بذلك حق الحكر غير المرغوب فيه ، ويلم مالك الرقبة شتات الملكية ويصبح كما كان مالكا للأرض ملكية تامة . وإذا باع مالك حق الرقبة حقه ، كان لصاحب الحكر أن يأخذ الرقبة بالشفعة ، فيصبح هو أيضا مالكا للأرض ملكية تامة ، وينتهى هنا أيضا حق الحكر غير المرغوب فيه . وقد يكون هناك جار يملك الأرض الملاصقة للأرض المحكرة : وتتوافر فيه شروط الشفعة بالنسبة إلى رقبة الأرض وبالنسبة إلى حق الحكر . فاذا أخذ مالك الرقبة حق الحكر . بالشفعة ، أو أخذ صاحب الحكر رقبة الأرض بالشفعة تقدم أى منهما على الجار الشفيع. إذا أراد هذا أخذ الحكر أو الرقبة بالشفعة . ذلك أن كلا من مالك الرقبة وصاحب حق الحكر في المرتبة الرابعة بين الشفعاء ، أما الجار ففي المرتبة الخامسة كما سيأتى ، فيكون كل منهما متقدما في المرتبة على الجار وأولى منه بالشفعة .

ويلاحظ أخيرا أن الفرض الذى نحن بصده - شفعة مالك الرقبة وشفعة المستحكر - نادر الحصول في العمل . ويرجع ذلك إلى أن حق الحكر أصبح ، من وقت العمل بالتقنين المدنى الجديد ، لا يجوز تربيته إلا على أرض موقوفة (م ١٠١٢ / ١ مدنى) . فضايق بذلك نطاق تطبيق الحكر ، وبخاصة بعد أن ألغيت الأوقاف الأهلية بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ فتجيم عن ذلك انتهاء حق الحكر الذى كان مترتبا على الأعيان الموقوفة طبقا للمادة ١٠٠٨ / ٣ مدنى ، وهى الكثرة الساحقة من الأحكار . ولم يعد باقيا من الأحكار القديمة إلا تلك المترتبة على الأوقاف الخيرية وعلى الأعيان غير الموقوفة. ثم صدر القانون رقم ٦٤٩ لسنة ١٩٥٣ ، فأجاز بقرار من وزير الأوقاف بعد موافقة المجلس الأعلى للأوقاف أن ينهى الأحكار المترتبة على الأوقاف الخيرية إذا اقتضت المصلحة ذلك . ويخلص من هذا أن الحكر قد أصبح الآن ، بفضل هذه التشريعات المتعاقبة ، ذا مجال ضيق محدود . فهو ، منذ صدور التقنين المدنى الجديد ، لا يمكن تربيته على أرض غير موقوفة . والأرض الموقوفة التى يمكن ترتيب حق الحكر عليها قد انحصرت فى الوقف الخيرى ، بعد إلغاء الوقف الأهلى . وحتى فى هذا المجال الضيق - الوقف الخيرى - يندر ترتيب

حكر جديد . وما هو قائم من أحكام قديمة يمكن إنهاؤه بقرار إداري ^(١) ، وإذا كانت هناك أحكام قديمة مرتبة على وقف خيرى . أو فرض - وهذا نادر - أن يرتب فيها بعد حق حكر على وقف خيرى ، فإن الوقف لا يجوز له أن يأخذ بالشفعة كما سيحىء . فإذا بيع حق الحكر المرتب على وقف خيرى ، لم يجوز لهذا الوقف أن يأخذ بالشفعة . ولكن إذا بيعت الأرض المحكرة الموقوفة وقفاً خيرياً عن طريق الاستبدال ، جاز لصاحب حق الحكر أن يأخذها بالشفعة ، فيلم بذلك شتات الملكية ويصبح مالكا للأرض ملكية تامة . كذلك تجوز الشفعة فى الأحكام القديمة ، المنشأة قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد على أرض غير موقوفة ^(٢) . فإذا بيع حق الحكر أو بيعت حق الرقبة . فى هذه الأحكام القديمة وهى فى سبيلها إلى الزوال ، فإن لصاحب أى الحقتين أن يأخذ الحقتين الآخر بالشفعة على الوجه الذى بسلطانه فيها تقدم .

١٨٤ - الجار المالك - أمهال تعوت : وثبتت صفة الشفع ، فى المرتبة الخامسة . وللجار المالك فى الأحوال الآتية : (١) إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء ، سواء أكانت فى المدن أم فى القرى .

(١) أنظر الوسيط ٦ فقرة ٧٩٧ ص ١٤٤٢ - ص ١٤٤٣ .

(٢) إسماعيل غانم ص ٧٠ - ص ٧١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٠ ص ٤١١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٢ . ويقول الأستاذ حسن كيرة : « كذلك نجد أن هذا السبب لا يستطاع الأخذ بالشفعة بمقتضاه على الأقل فى شأن الأحكام المرتبة بعد نفاذ التقنين المدنى الجديد إذا بيع ملك الرقبة . لأن الأصل أنه لا يجوز بيع ملك الرقبة مادامت وقفاً . وإذا جاز فى بعض الأحوال بيعها فذلك على أساس الاستبدال . وهو ما يؤدى إلى إنهاء صفة الوقف من الأرض المبيع ملك رقبته . وبئى انتهت صفة الوقف عنها انتهى احكر المرتب عليها ، وانتقل إلى الأرض البديلة عنها . فهنا لا يتصور إذن أن يأخذ صاحب احكر بالشفعة الأرض المبيعة إذا بيع ملك رقبته . ويؤخذ على ذلك أنه ليس من الضروري ، عند استبدال العين الموقوفة المحكرة ، أن يكون الاستبدال واقعاً على كل العين حتى يصح القول بأن الحكر ينتقل إلى الأرض البديلة عنها . ولكن يجوز - وهذا هو الأجدى عملياً - أن يقع الاستبدال على رقبة العين المحكرة وحدها . فيبقى الحكر على العين الأصلية . وعندئذ يأخذ صاحب الحكر الرقبة بالشفعة . ويكون ذلك قبل تسجيل عقد البيع (منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٢) وانتقال ملكية العين الموقوفة إلى المشتري وصيرورتها ملكاً ، فلا تكون صفة الوقف قد زالت ويستتبع زوالها انتهاء الحكر .

(٢) إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاع على أرض الجار ، أو كان حق الاتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة . (٣) إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين ، وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل ، (م ٩٣٦ بند ٥ مدني) (١) .

ونرى من ذلك أنه يجب مبدئياً التمييز بين المباني والأراضي المعدة للبناء من جهة ، والأراضي غير المعدة للبناء ويغلب أن تكون هي الأراضي الزراعية من جهة أخرى . فكل المباني القائمة فعلاً ، سواء كانت قائمة في المدن أو في القرى ، داخل حدود المباني أو خارجها ، تدخل في الطائفة الأولى . وتدخل في الطائفة الأولى أيضاً الأراضي التي لا تقوم عليها مبان فعلاً ولكنها تعتبر أراضي معدة للبناء . ويرجع في تحديد هذه الأراضي المعدة للبناء إلى الخرائط التي تعين حدود المدينة أو القرية (الكردون) (٢) ، فإذا كانت الأرض تدخل في نطاق هذه الحدود فهي أرض معدة للبناء ، حتى لو كان صاحبها قد خصصها مؤقتاً لغرض آخر كالزراعة . والأرض التي لا تدخل في نطاق هذه الحدود تعتبر أرضاً غير معدة للبناء ، وذلك ما لم يكن صاحبها قد أعدها بالفعل لتكون أرضاً

(١) وللجار في هذه الأحوال الثلاث أن يشفع في العقار إذا بيع ، حتى لو كان هذا العقار المبيع حصّة شائعة في عقار ملوك لعدة شركاء على الشيوع ، ولم يطلب أحد الشركاء في الشيوع وهو مقدم على الجار أخذ الحصّة الشائعة بالشفعة . ولا توقف شفعة الجار على نتيجة القسمة ، إلا إذا انقسم المشتري العقار الشائع مع شركائه وأفرزت الحصّة التي اشتراها فكانت غير مجاورة لعقار الجار ووقع كل ذلك قبل ثبوت حق الجار في الشفعة . أما إذا ثبت حق الجار في أخذ الحصّة الشائعة بالشفعة ، فقد أصبح هذا الحق باتاً أيّا كانت نتيجة القسمة فيها بعد ذلك بأنه وقت بيع الحصّة الشائعة كان شرط الجوار متوافراً ، وبقي متوافراً إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة . ولو وجب انتظار نتيجة القسمة ، فقد لا تطلب القسمة ويضيع حل الشفعين حقه . انظر في هذا المعنى استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٨٢ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤٩ - ١٦ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٤٥ - محمد كامل موسى ٣ فقرة ٢٥٠ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٧ ص ٢٦١ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤٠٨ - عبد المنعم فرج الصدة ٢٨٨ - وانظر عكس ذلك وأن حق الجار في طلب الشفعة يكون موقوفاً على نتيجة القسمة استئناف مصر ٢٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء ١ رقم ١١٣ ص ١٤٧ - على زكي العراييفقرة ٥٨ ص ٣٥ - ص ٣٦ .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٤٠ .

بناء فتحت في هذه الحالة أرضاً معدة للبناء (١). فإذا استبعدنا المائي القائمة فعلا والأراضي المعدة للبناء على التحديد الذي ذكرناه ، كان ما بقي من

(١) وكون الأرض غير الداخلة في نطاق « كردون » المدينة أو القرية تعتبر قد أعدت فعلا للبناء فتكون أرضاً معدة للبناء مسألة واقع فيها قاضي الموضوع ، دون معقب عليه من محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا كان الحكم الذي اعتبر الأرض غير معدة للبناء ، فلا يكتفى للشفعة فيها الجوار من جهة واحدة ، قد أقام قضاءه على أن المنطقة التي تقع فيها واسعة المساحة وغالبها متزرع ، وأن ما فيها من أبنية قليل ، فانه لا يكون قد أعطى في تطبيق القانون (نقض مدني ١٠ يونيو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٣ ص ٦٣٩) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣١ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٢ ص ٢٥٦ في الهامش . محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٠ ص ٤٢٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٩٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٢ - ص ٤١٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٧ - ص ٣١٨ . والعبارة في الأرض المشغوع فيها بحالتها وقت بيعها ، فإذا كانت غير معدة للبناء سرت الأحكام الخاصة بالأراضي غير المعدة للبناء ، حتى لو كان المشتري أو الشفيع مزعماً أن يمهدها للبناء (أنظر في هذا المعنى عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٣) .

والذي يمتد به بوجه عام هو إعداد البائع الأرض للبناء ، لإعداد المشتري لها . فإذا اشترى شخص أرضاً زراعية لتقسيمها وبيعها للبناء ، فلا تثبت الشفعة إلا إذا توافر شروط الجوار من جهتين وشرط القيمة ، لأنها تعتبر أرضاً زراعية كما أعدها البائع ، ولا تعتبر من أراضي البناء كما سيدها المشتري (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣١ ص ٢٢٤) . ومع ذلك إذا كانت الأرض معدة لتقسيمها إلى قطع للبناء بحكم ملاصقتها للمباني وانتشار العمران بالجبهة التي هي فيها ، فإنها تعتبر أرض بناء ، حتى لو وصفت في عقد البيع بأنها أرض زراعية وقدمت صاحبها بالفدان وكانت مؤجرة للزراعة ولا يزال يدفع عنها المال باعتبارها أرضاً زراعية (استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤٩ - محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٢٣١ ص ٢٢٤ - ص ٢٢٥) . وقضى بوجوب اعتبار الأرض زراعية ، ولو عين لها ثمن عال قدر بالذراع لا بالفدان . مادامت الأرض وائمة خارج منطقة المباني بالقرية Agglomération hâtie (استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٠٩) . وقضى بأنه يجب البحث عن تخصيص الأرض وعما إذا كانت توجد في منطقة بناء . وكلما ظهر أن منطقة البناء هذه قريبة من قرية قريباً كافياً بحيث يمكن اعتبارها بالفعل ، إن لم يكن من الوجهة الإدارية ، جزأ منها ، فإن الأرض تكون أرض بناء (استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٠٤) . وقضى بأن العبارة في الأرض المعدة للبناء بالتخصص الحال الناشئ من موقعها في مدينة أو قرية ، لا بالتخصص الشخصي الذي قد يكون احتمالياً (استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٠٩) . وكان قد قضى بأن لو كانت ميناهاوس لا تعبر داخلة ضمن دائرة المباني أو الأراضي المعدة للبناء في المدن أو القرى ، لأنها متصلة من جهة بالصحراء ، ومن جهة أخرى بأراضي زراعية شاسعة تروى في أوقات دورية (استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٤ - ٣١ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٠٩) .

الأراضي يعتبر أرضاً غير معدة للبناء - ويطلب أن تكون أرضاً مزروعة أو معدة للزراعة - وتدخل في الطائفة الثانية .

والشفعة في المباني والأراضي المعدة للبناء - وهذه هي الحالة الأولى للجوار - يكنى فيها بمجرد الملاصقة . أما الأراضي غير المعدة للبناء - فالشفعة فيها لا تكون بمجرد الملاصقة - بل يجب أيضاً فوق ذلك أحد أمرين : إما أن يكون للأرض أو عليها حق ارتفاق بالنسبة إلى الأرض المشفوع فيها وهذه هي الحالة الثانية للجوار ، أو أن تكون الأرض ملاصقة للأرض المشفوع فيها من جهتين وتساوى في الوقت ذاته نصف فم هذه الأرض الأخيرة على الأقل وهذه هي الحالة الثالثة للجوار . ونستعرض تفصيلاً كلا من هذه الأحوال الثلاث .

١٨٥ - الحالة الأولى للجوار - المباني والأراضي المعروفة للبناء : يكنى

للأخذ بالشفعة . في هذه الحالة . أن يكون العقاران المشفوع به والمشفوع فيه متجاورين ، أى متلاصقين من جهة واحدة ^(١) . ولا يطلب أى شرط آخر ، كوجود حق ارتفاق أو التلاصق من جهتين أو قيمة معينة للعقار المشفوع به . فهذه الشروط إنما تطلب بالإضافة إلى التلاصق في الأراضي غير المعدة للبناء . أى في الحالتين الثانية والثالثة ، كما سبق القول .

أما في حالة المباني والأراضي المعدة للبناء . وهي الحالة الأولى التي نحن بصدددها . فيكنى التلاصق من جهة واحدة كما قدمنا . وإذا كان كل من العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه أرضاً معدة للبناء : فالتلاصق يكون بين

(١) ويجب أن يكون التلاصق موجوداً وقت البيع إلى وقت طلب الشفعة (استئناف مخطط ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٥) . وعلى الشفيع إثبات ذلك (استئناف مخطط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٦١ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٥) . ويجوز الرجوع في الإثبات إلى عقد تعليق الشفيع ولولم يكن له تاريخ ثابت . كما يجوز إثبات ذلك بالمعينة . وقد قصت محكمة النقض بأن عدم تسجيل عقد القسمة لا يمنع غير المتقاسمين من التمسك بحصول القسمة . وخروج أحد الشركاء بمقتضاها من الشيوع واستقلاله بجزء من العذر وفقدانه تبعاً لذلك حق طلب الشفعة ، وذلك لأن التسجيل إنما شرع لفائدة الغير صوناً لحقوقهم . فعدم حصوله لا يصح أن يعود بصدد عليهم ولا يمنع على من لم يقم به (نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ المجامعة ٢٣ رقم ٤٢ ص ٨٧ - وانظر نقض مدني ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ علماً جرد أول ص ٧٠٦ رقم ٣) .

الأرضين بداهة . وإذا كان كل من العقارين ، أو كان أحدهما ، بناء مقاماً على أرض كترل مقام على أرض ببعضها حديقة للمترل أو فناء له . فالتلاصق هنا أيضا يكفي أن يقوم بين الأرض المقام عليها البناء والأرض الأخرى سواء أقيم عليها بناء أو كانت أرضاً فضاء (١) . أما إذا كان الشفيع يشفع ببناء يملكه دون الأرض المقام عليها البناء ، كأن كان مستأجراً للأرض وأقام عليها بناء (٢) ، فإن البناء المشفوع به نفسه . وليس الأرض وحدها ، يجب أن يكون ملاصقاً للعقار المشفوع فيه . فإن كان هذا العقار المشفوع فيه هو أيضا بناء بيع وحده دون الأرض التي أقيم عليها ، وجب أن يقوم التلاصق بين البنايين نفسيهما . ويتحقق ذلك إذا قام بينهما حائط فاصل سواء كان هذا الحائط مشتركاً أو غير مشترك (٣) .

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٣ .
(٢) أنظر في الفرق بين المستأجر والمحتكر نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧١٠ رقم ٣٠ .
(٣) وقد فرضنا فيما قدمناه أن ملكية الأرض منفصلة عن ملكية البناء . وقد يكون صاحب البناء له حق القرار على الأرض بموجب حق عيني ثبت له في الأرض ، كحق انتفاع أو حق حكر فإذا فرضناه شفعياً ، كان له أن يشفع بالبناء الذي يملكه دون الأرض كما قدمنا . وكان له أيضاً أن يشفع بحق الانتفاع أو بحق الحكر الثابت له في الأرض وهو حق عيني في عقار فيكون عقاراً متميزاً عن رتبة الأرض . وهو في الواقع من الأمور يشفع بالعقارين معاً ، البناء المقام على الأرض وحق الانتفاع أو حق الحكر الثابت له في الأرض . فيشفع بالبناء مقترناً بحق القرار على الأرض . فيكون أن تكون الأرض ، دون البناء ، هي الملاصقة للعقار المشفوع فيه . وإذا كان يشفع في بناء بيع دون الأرض ، وكان لهذا البناء حق القرار على الأرض بموجب حق انتفاع أو حق حكر ، فإنه يشفع في هذه الحالة في البناء مقترناً بحق الانتفاع أو بحق الحكر ، فتكون ملاصقة عقاره الذي يشفع به للأرض المقام عليها البناء المشفوع فيه .

أنظر في هذه المسألة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٤ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٠٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٣ - ص ٤١٤ - حسن كبيرة ص ٦ - ص ٧ - وقارن محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤١ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٨ (حيث يذهب إلى أن صاحب حق الانتفاع لا يشفع في العقار المجاور له) .

وإذا قام شخص بناء على أرض اشتراها قبل أن يسجل عقد شرائه ثم سجل عقد الشراء ، فيفضل الأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين الذي نقول به (أنظر مايل فقرة ١٨٩ في الهامش) يعتبر مالكا للأرض ، بالنسبة إلى المشتري المشفوع ضده ، من وقت العقد لا من وقت التسجيل . ومن ثم يكفي أن تكون الملاصقة قائمة بين العقار المشفوع فيه والأرض التي اشتراها وأقام عليها البناء ، دون هذا البناء نفسه

ويمنع التلاصق على الوجه المتقدم أن يكون هناك بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه فاصل غير مملوك للشفيع (١). فإذا فصل ما بين العقارين ترعة عامة أو مصرف عام أو طريق عام ، لم يتحقق التلاصق (٢). أما إذا كانت الترعة أو المصرف أو الطريق مملوكا للشفيع أو مملوكا للبائع أو مشتركا بينهما ، فإن التلاصق يتحقق (٣) ، ولا يحول دون تحقق التلاصق في هذه الحالة أن يكون للغير حق ارتفاق على الترعة أو المصرف أو الطريق ، فإن حق الارتفاق لا يمنع أن يبقى صاحب العقار مالكا لعقاره (٤). وإذا كان الفاصل بين العقارين قطعة أرض مملوكة للغير ، أو مملوكة للبائع دون الشفيع ولم

(١) استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٢ - ٣ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٨٨ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٧ .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢ - ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٥ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٣ - ١٦ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٠ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٧ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان بين الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها طريق مشترك من جهة ومصرف مشترك من جهة ثانية ، فإن هذا لا يمنع من الشفعة متى كان الطريق والمصرف خصيصين ، إذ يكون الجوار متحققاً من الجهتين (نقض مدني ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ ص ٤٦٥) . وقضت أيضاً بأنه إذا كانت السكة الزراعية الفاصلة بين الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها مملوكة لصاحب الأرضين متانصة ، فإن الجوار بين الأرضين يكون قائماً (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٣ ص ٤٨٤) . وقضت كذلك بأن المصرف الذي يفصل بين جارين لا يعتبر منه التلاصق بين الأرضين غير قائم إلا إذا كان غير مملوك للجارين ، أما إذا كان مشتركاً بينهما فالتلاصق قائم (نقض مدني أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠١ ص ٥٥٥) . وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٧ - ٢٣ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٢١ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤٩ - وانظر عكس ذلك استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٨٨ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن وجود مصرف في العقار المشفوع فيه فاصل بينه وبين العقار المشفوع به ، ويخصص لمصرف مياه أراض أخرى ، لا يمنع قيام حالة الجوار بين العقارين بالمعنى المقصود في الشفعة ، فإن وجود حق ارتفاق للغير على أرض المصرف لا يخرج هذه الأرض عن ملكية صاحب العقار المشفوع فيه ، بل هي تظل جزءاً من العقار . فالحكم الذي يعتبر وجود مثل هذا المصرف مانعاً من التلاصق المشروط في الشفعة ، ليجرد تحمله بحق الارتفاق لا غير ، لما يستحيل معه إزالته . يكون خاطئاً (نقض مدني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٩ ص ٢٤٢) .

يشملها البيع ، فإن التلاصق لا يتحقق (١) . وقد يفتح ذلك باب التحايل لمنع الشفعة ، فيقتطع البائع من الأرض المبيعة شريطاً هو الملاصق للعقار المشفوع به والممتد على طول حده المجاور ، فيحتفظ بملكيته ولا يدخله في البيع حتى يفصل به ما بين العقارين المشفوع به والشفوع فيه : أو يهبه للمشتري منعاً للشفعة أيضاً . وقد أجاز هذا النوع من التحايل بعض فقهاء الشريعة الإسلامية ، بدعوى أن الشفعة حق ضعيف (٢) . ولكن الصحيح أن التحايل على القانون لا يجوز ، فإذا فعل البائع شيئاً من ذلك ، جاز للشفيع أن يثبت التحايل بجميع طرق الإثبات ، ومتى كشف عن الحقيقة وجب الأخذ بها وإعطاء الشفيع حقه في الأخذ بالشفعة (٣) .

(١) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٣ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٥٥ - ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ م ٢٤ ص ٢٣٢ .

(٢) أنظر أيضاً في معنى جواز التحايل : استئناف وطني ٤ يناير سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٣ ص ١٥٩ - دشنا ٢٩ مارس سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٥٢٣ - استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٨ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن التحيل لإبطال الشفعة مناقض للغرض المقصود منها . لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر . فإذا ما أجاز التحيل لإبطالها ، كان ذلك عوداً عن مقصود الشارع يلحق الضرر الذي قصد إبطاله ، فكل تحيل لإبطال الشفعة لا يصح للمحاكم أن تقره بوجه من الوجوه . واستخلاص المحكمة من ظروف الدعوى وقائمه أن المشتري قد أراد بتجزئة الصفقة التي اشتراها التحيل لمنع من له أن يشفع فيها من أخذها بالشفعة ، هو من أمور الموضوع التي يفصل فيها قاضي الدعوى دون مقب عليه (نقض مدني ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٤ ص ٦٨٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان كل ما قصده الحكم بالفش أو التأسيس الذي أسند إلى الطاعن إنما هو الاحتيال بقصد تعطيل حق مقرر بمقتضى القانون ، وهو عمل لا يجوز إقرار مرتكبه عليه ويجب رد سببه عليه ، وكان الحكم قد استخلص عناصر الاحتيال من الوقائع التي أوردتها ، فإن التمس عليه بالقصور أو مخالفة القانون في هذا الخصوص يكون على غير أساس (نقض مدني ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٦ ص ٦٧٨) - وقضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يمنع الشفعة أن يترك البائع جزءاً من الأرض المبيعة لا يدخله في البيع تحايلاً لإسقاط الشفعة (استئناف مصر ١٣ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٥ ص ٦٢٥) - وانظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف وطني أول ديسمبر سنة ١٨٩٦ الحقوق ١٢ ص ٩ - استئناف مصر ٢٧ يونيو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٦٨ ص ٩٣٥ - استئناف مختلط ١١ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٣٢ - ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٣٥ - ٧ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٤١ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٥ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٣ - ٣ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣١٨ - محمد كامل مرسى ٣ ص ٢٤٢ - ص ٢٤٧ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٣ ص ٢٥٨ - إسحاق غام ص ٧٢ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٩ - عبد الكريم فرج الصدة فقرة ٢٨٦ ص ٤٢٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٢ ص ٣١٦ - حسن كيرة ص ٦ .

فإذا كان العقاران المشفوع به والمشفوع فيه متلاصقين على النحو الذى فصلناه ، فإنه يكفى لتحقيق التلاصق أن يكون قائما بين العقارين بأى امتداد مهما صغر ، ولو كان بشبر واحد . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه لما كان الشارع قد استمد شفعة الحار من فقه الحنفية مכלلا بما أورده فى النص من شروط . وكان رأى فى هذا المذهب هو أن التلاصق ولو بشبر واحد يكفى ويستوى مع التلاصق من ثلاث جهات فى حق الشفعة . لما كان ذلك . فإنه يكون مخالفا للقانون وللمصدر الذى استمد منه الشارع شفعة الحار أن يضيف الحكم إلى القيود التى أوردها النص قيدا لم يرد فيه ، بأن يشترط لثبوت شفعة الحار المالك أن يكون التلاصق على امتداد كاف ، فى حين أن المقرر فى قواعد التفسير ألا مساغ للاجتهاد فى مورد النص وأن المطلق يجرى على إطلاقه (١) .

والتلاصق ، بأى امتداد مهما صغر . يكفى أيضا أن يكون من جهة واحدة ما دام العقار بناء أو أرضا معدة للبناء . والمتاد أن يكون التلاصق أفقيا ، فيكون العقار المشفوع به ملاصقا للعقار المشفوع فيه ملاصقة جانبية . أى يكون إلى جانبه فى أية جهة من جهاته . ولكن يجوز مع ذلك أن تكون الملاصقة رأسية لا أفقية ، فيكون العقار المشفوع به ملاصقا للعقار المشفوع فيه فى أعلاه

(١) نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٠ ص ٧٤٣ - وانظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٠ ص ٤١٩ - ص ٤٢٠ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٥٥ ص ٣٤٨ وفقرة ٢٥٧ ص ٣٥٢ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤٠٥ ص ٤١٢ - إسحاق غانم ص ٧٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٦ ص ٤٢٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٦ - حسن كبيرة ص ٥ .

وانظر رأيا مخالفا يذهب إلى أن التلاصق يجب أن يكون على امتداد كاف كنصف الحد أو ثلثه ، وأن القاضى هو الذى يقدر ما إذا كان التلاصق على امتداد كاف لتبرير الشفعة : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٢ وفقرة ٢٢٨ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٣ ص ٢٥٩ - استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٧ - ٢٧ بونه سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٢٠٧ . وعيب هذا الرأى واضح ، فهو يفتح الباب للتحكم ، ولاشك فى أنه إذا أعطى للقاضى حق تقدير متى يكون الامتداد كافيا فإن الانتظار تختلف فى ذلك ، وقد تعطى الشفعة محكمة وتمنعها محكمة أخرى . ولذلك رجعت محكمة الاستئناف الغنطاة عن هذا الرأى ، وأكدت بأى ملاصق مهما صغر (استئناف مختلط : بونه سنة ١٩٤٥ م ٧ ص ١٦١)

أو في أسفله . وهذا يتحقق في ملكية الطبقات (١) . ففي البناء دى الطبقات المتعددة المملوكة لملاك مختلفين . تكون أعلى طبقة ملاصقة للطبقة التي تليها في أعلاها . وهذه ملاصقة للطبقة الأسفل في أعلاها كذلك . وهكذا . فيجوز إذن أن يشفع صاحب إحدى هذه الطبقات في الطبقة التي هي فوقه مباشرة وفي الطبقة التي هي تحته مباشرة . لأن طبقته ملاصقة لكل من هاتين الطبقتين : الطبقة الأعلى في أسفلها والطبقة الأدنى في أعلاها (٢) . بل إن صاحب الطبقة وهو الحار الرأسي أولى بالشفعة من الحار المعتاد وهو الحار الجانبي . إذ أن الأول يرجع الثاني بأنه فوق ملاصقته للعقار المشفوع فيه شريك أيضاً في الشيوع في الأجزاء المشتركة للعقار كالسلم والباب الخارجي والقناة وما إلى ذلك (٣) . بل إننا نذهب إلى أبعد من ذلك ، ونقيم شفعة أصحاب الطبقات لا على مجرد الحوار الرأسي ، ولكن أيضاً على الشركة في الشيوع . ذلك بأن أبنية الطبقات تقوم كلها على الأرض ، والأرض تعتبر ملكاً شائعاً لجميع ملاك الطبقات ، وتنص المادة ٨٥٦ / ١ مدني صراحة في هذا المعنى على أنه « إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة ، فإنهم يعدون شركاء في ملكية الأرض » . فصاحب الطبقة إذا باعها إنما يبيع معها حصته الشائعة في

(١) وقد نصت المادة ١١٣٠ / ٢ مدني عراق على ما يأتي : « وإذا كان السفلى والعلو لشخصين مختلفين ، اعتبر كل منهما جاراً ملاصقاً للآخر » .

(٢) أنظر في هذا المعنى محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٢٢٥ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٢ ص ٢٥٦ هامش ١ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٢ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٣٩٧ ص ٤٣٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٨ - وترتيباً على ذلك إذا أقيم بناء على أرض وكانت الأرض والبناء مملوكين للمالكين مختلفين ، فإن لكل منهما أن يشفع في عقار الآخر ، فإذا بيع البناء شفع فيه صاحب الأرض ، وإذا بيعت الأرض شفع فيها صاحب البناء (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٣) . وترتيباً على ذلك أيضاً ، إذا أقيم الملو الذي له حق القرار على السفلى ، فإن حق القرار نفسه يكون عقاراً ملاصقاً للسفلى ، فإذا بيع حق القرار هذا شفع فيه صاحب السفلى ، وإذا بيع السفلى شفع فيه صاحب حق القرار (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٥٥ ص ٢١٥) . وترتيباً على ذلك أخيراً ، إذا كانت الدار ذات ثلاث طبقات ، ويبيت الطبقة الوسطى شفع فيها كل من صاحب الطبقة العليا وصاحب الطبقة السفلى ، أو يبيت الطبقة العليا أو الطبقة السفلى شفع فيها صاحب الطبقة الوسطى (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٥ ص ٢١٦) .

(٣) أنظر في هذا المعنى محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٢ ص ٤٢٤ .

الأرض التي أقيمت عليها طبقته ، فيشفع الشركاء الآخرون كل بحصته الشائعة في الأرض ، في الطبقة التي يبعث (١) . والشيوخ هنا أقوى من الشيوخ العادي . فهو شيوخ إجباري لا يستطيع الشركاء أن يطلبوا فيه القسمة ليتخلصوا من مضاره ، فأولى أن يكون لهم حق الشفعة حتى يتخلصوا من هذه المضار ولو تخلصوا جزئيا . وإذا أخذ بوجهة النظر هذه ، ترتب على الأخذ بها أن صاحب الطبقة يكون شفعيا في كل الطبقات الأخرى ولو لم تكن ملاصقة لطبقته فهو لا يشفع باعتباره جارا ملاصقا ، وإنما يشفع باعتباره شريكا في الشيوخ في الأرض التي أقيمت عليها الطبقات (٢) .

١٨٦ — الحالة الثانية للجوار — لأرضي الميعة أو عليها من ارتفاع

لأرضي الجار : وفي هذه الحالة نواجه أراضى غير مبنية وغير معدة للبناء ، وهي — أكثر ما تكون — أراض زراعية . ويجب بادئ ذي بدء ، لجواز الأخذ بالشفعة هنا ، أن تكون الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها متلاصقتين . وقد بسطنا القول في شرط التلاصق في أراضى البناء ، وينطبق هنا ما قلناه هناك .

ولا يكفي التلاصق هنا . وكان يكفي في المباني وفي الأراضى المعدة للبناء كما سبق القول . بل يجب في هذه الحالة الثانية أن تكون هناك صلة أخرى بين الأراضين فوق التلاصق . هي أن يكون هناك حق ارتفاق للأرض المشفوع فيها على الأرض المشفوع بها . أو حق ارتفاق للأرض المشفوع بها على الأرض المشفوع فيها (٣) . فيترتب على الأخذ بالشفعة أن يزول حق الارتفاق في

(١) ولعل هذا المعنى يمكن أن يستفاد مما دار من المناقشة في لجنة الأستاذ كامل صدق ، إذ « أشار الرئيس إلى حالة ملكية الطبقات ، ورأى قياس هذه الحالة على حالة الملكية المشتركة ، فوافقت اللجنة على هذا الرأي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٣ في المامش) .

(٢) قرب من هذا الرأي محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٢ ص ٤٢٤ — وقد نصت المادة

٢٣٩ (٦) من قانون الملكية المقاربية اللبناني (المدة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أن « ثبت الحق في الشفعة . . . (٦) لأصحاب طوابق البناء المتعددة عند بيع أحد هذه الطوابق » .

(٣) ولا يشترط بعد ذلك أن يكون التلاصق في حدين أو أن تكون للأرض المشفوع بها قيمة معينة ، فإن قيام حق الارتفاق وحده يفي عن كل ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأنه يمكن لقيام أخكم القاضي بالشفعة أن يثبت جوار الشفعين في حد واحد بقطعة أرض عليها حق ارتفاق لمصلحة الأرض المشفوع فيها ، دون الاعتداد في هذه الحالة بنسبة قيمة أرض الجار إلى قيمة الأرض المشفوع فيها (نقض مدني ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣١ ص ٩٠٢) .

الفرضين ، وإما أن تتخلص الأرض المشفوع بها مما عليها من حق ارتفاع للأرض المشفوع فيها في الفرض الأول ، أو تتخلص الأرض المشفوع فيها من حق الارتفاع الذي عليها للأرض المشفوع بها في الفرض الثاني (١) . وفائدة الشفع في أن تتخلص أرضه من حق الارتفاع الذي عليها في الفرض الأول واضحة . وكذلك له فائدة في أن يزول حق الارتفاع الذي لأرضه على الأرض المشفوع فيها في الفرض الثاني ، إذ يصبح مالكا للأرض المرتفق بها وتزول أسباب النزاع التي تتولد عادة من وجود حق ارتفاع لأرض على أخرى (٢) .

وحق الارتفاع الذي يكون لأرض على أخرى ، فيسوغ الأخذ بالشفعة ، قد يكون مصدره الاتفاق . فيجوز الاتفاق بين صاحبي أرضين متلاصقتين على أن يكون لإحدهما حق ارتفاع على الأخرى ، كارتفاع بالشرب

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القانون يسوى في ثبوت الشفعة بين أن يكون حق الارتفاع للأرض المشفوع فيها أول الأرض المشفوع بها ، فلا جدوى من الطعن في الحكم بمقولة إنه أخطأ في التقرير بوجود حق ارتفاع لأرض الشفع على الأرض المشفوع فيها ، في حين أن الثابت هو أن حق الارتفاع للأرض المشفوع فيها على أرض الشفع (نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمره رقم ٣١٠ ص ٦١٥) . .

(٢) أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٦ - وقد حاول بعض أعضاء لجنة الأستاذ كامل صدق اشتراط أن يكون حق الارتفاع الذي يبيع قيامه الأخذ بالشفعة ذا أهمية حيوية . فعندما استورد رئيس اللجنة قائلا إن الأمر يقتضي بحث الفقرة (ب) التي تقرر حق الشفعة للجار في حالة وجود حق ارتفاع ، وطلب إلى الأعضاء الإدلاء بملاحظاتهم بشأن هذه الفقرة ، قال أحد الأعضاء « إن كثيراً من حقوق الارتفاع غير ذي أهمية ، لذا فالرأي عنده أن يقصر منح حق الشفعة على الحالات التي يوجد فيها حق ارتفاع على جانب من الأهمية عظيم » . وأضاف عضو آخر « أنه لما كان مردد حق الشفعة في هذه الحالة مصلحة اقتصادية ، فمن المنع أن يكون حق الارتفاع الذي يستند إليه الشفع في استعمال حقه في الشفعة ذا أهمية حيوية ، وساق لذلك مثلاً حق ارتفاع الشرب والمسيل » . وأيد عضو ثالث هذا الرأي « مقترحا النص على أن يكون حق الارتفاع هاما أو ذا منفعة جدية » . وساءل أحد الأعضاء « عما إذا كان المراد استبعاد حقوق الارتفاع في المدن ، وقصر حق الشفعة على حالات الارتفاع في القرى » . فأجاب رئيس اللجنة « بأنه لا محل لهذه التفرقة ، بل لأجل في رأيه للتمييز بين حقوق الارتفاع تيمناً لأهميتها ، إذ أن هذا التمييز سيكون مصدراً لمنازعات وصعوبات جمة ، إذ سيطلب إلى القضاة تقدير أهمية حق الارتفاع في حالات الشفعة هذه ، والواقع أن قيام حق ارتفاع كاف في ذاته » . فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٨ في الهامش) .

أو بالمجرى أو بالصرف أو بالمرور ^(١) . وقد يكون مصدر حق الارتفاق الوصية أو تخصيص المالك الأصل ^(٢) أو التّقديم ، وأيا كان المصدر فتمتع حق ارتفاق يجيز الأخذ بالشفعة . ومثل حقوق الارتفاق القيود القانونية التي تحد من منفعة عقار لمصلحة عقار آخر ، وقد سبق بيان هذه القيود تفصيلاً عند الكلام في القيود القانونية التي ترد على حق الملكية . فالقيود المتعلقة بالرى من شرب ومجرى ومسيل ، والقيود المتعلقة بالمطالقات المواجهة أو المنعرفة ، وحق المرور القانوني ، كل هذه قيود قانونية . وقد رأينا أن هناك رأياً يذهب إلى أنها حقوق ارتفاق قانونية . وأياً كان تكييفها : سواء اعتبرت قيوداً قانونية أو حقوق ارتفاق قانونية ، فإن قيام أى منها يسوغ الأخذ بالشفعة ^(٣) .

ولا مانع من أن يتحقق التلاصق بين العقارين في نفس المكان المقرر عليه حق الارتفاق ^(٤) . كذلك لا يمنع من الأخذ بالشفعة أن يكون حق الارتفاق المقرر على الأرض المشفوع بها لمصلحة الأرض المشفوع فيها مقرراً مثله أيضاً

(١) وقد قضى بجواز الأخذ بالشفعة متى كان كل من صاحبي الأرضين يملك نصف السكة الزراعية التي اتفقا على عملها على حسابها ، وكان لكل منهما حق الانتفاع بالمرور فيها كلها ، فإن كلا منهما في انتفاعه بالمرور إنما يستعمل حق ملكيته في النصف المجاوز لأرضه وحق الارتفاق على النصف الآخر (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٢ ص ٤٨٤) .

(٢) وقد قضى بأن رى عقارين من مسافة واحدة أنشئت بتخصيص المالك الأصل ، وقهام حق ارتفاق بالرى بعد تقسيم المقارات ، من شأنه أن يسوغ استعمال حق الشفعة بأحد العقارين في المقار الآخر (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٢٢١) .

(٣) أنظر في هذا المعنى عبدالمتم فرج الصدة فقرة ٢٨٣ ص ٤١٥ - ٤١٦ .

(٤) وقد قضى بأنه لا يوجد قانوناً ما يمنع من أن يكون الطريق المقرر عليه حق الارتفاق هو نفه الذي يتوافر به الجوار (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٢ ص ٤٨٤) . وقضى أيضاً بأنه إذا استخلصت محكمة الموضوع أن المسافة الخاصة الفاصلة بين أرض الشفيع والأرض المشفوع فيها مملوكة مناصفة للثنين ، مما يفيد أن حق ارتفاق الرى المقرر عليها هو مقرر على ذات الأرض المشفوع فيها التي يدخل فيها نصف المسافة ، فإنها لا تكون بذلك قد خالفت القانون (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤) . وانظر أيضاً نقض مدني أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠١ ص ٥٥٥ - وانظر في المعيار الذي يؤخذ به لمعرفة ما إذا كانت الترة ترة عامة أو ترة خاصة نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٦٢ ص ٤٢٣ - وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٣ ص ٤٢٦ .

لمصلحة أراض أخرى . فإذا كان هناك حق صرف أو حق مرور مثلا مقرر لمصلحة عدة أراض على أرض الشفع ، وبيعت إحدى هذه الأراضي ، فإن للشفع أن يأخذ الأرض المبيعة بالشفعة ، ولا يمنعه من ذلك أن حق الارتفاق يبقى قائما على أرض الشفع لمصلحة الأراضي الأخرى التي لم يجر بيعها . ذلك ان الشفع ، إذا لم يتخلص في هذه الحالة من حق الارتفاق تخلصا كليا ، فقد تخلص منه تخلصا جزئيا ، وهذه على كل حال خطوة نحو التخلص منه نهائيا . وكذلك لا يمنع من الأخذ بالشفعة أن يكون حق الارتفاق المقرر على الأرض المشفوع فيها لمصلحة الأرض المشفوع بها مقررا مثله لمصلحة أراض أخرى ، فإن الأخذ بالشفعة في هذه الحالة أيضا ، إذا كان لا يقضي حق الارتفاق قضاء كليا ، فهو على كل حال خطوة نحو تحقيق ذلك (١) .

وإذا كان سبب الأخذ بالشفعة قيام حق ارتفاق للأرض المشفوع فيها على الأرض المشفوع بها ، وكان المبرر للأخذ بالشفعة في هذا القرض هو قضاء حق الارتفاق ، فإن هذا المبرر يزول إذا نزل المشتري عن حق الارتفاق لمصلحة الشفع . فإذا كانت الأرض المشفوع بها محملة بحق مرور مثلا لمصلحة الأرض المشفوع فيها ، فإن المشتري لهذه الأرض الأخيرة ، وقد انتقل إليه حق المرور مع الأرض المبيعة ، يستطيع أن يتزل عن هذا الحق فيزول ، ولا يعود هناك مبرر للشفع في الأخذ بالشفعة ، فيسقط حقه في ذلك (٢) . والمقرر في هذا

(١) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن اشتراك الغير في الانتفاع بحق الارتفاق الذي للأرض المشفوع فيها أو الأرض المشفوع بها لا يحرم الشفع من التمسك بحق الارتفاق للطالبة بالشفعة ، لأن القانون لم يشترط أن يكون حق الارتفاق الذي على الأرض المشفوع فيها مقررا لمصلحة أرض الجار دون غيرها ، أو أن يكون حق الارتفاق الذي على أرض الجار مقررا لمصلحة الأرض المشفوع فيها وحدها (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٣ ص ٤٨٤ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم . وانظر أيضاً نقض مدني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٩ ص ٢٤٢ - استئناف مخطئ ٢٤ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٢٩) - وانظر أيضاً في هذا المعنى محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٣٥ ص ٢٢٨ وفقرة ٢٣٧ - محمد علي حرقه ٢ فقرة ٢٤٤ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٨٣ ص ٤١٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٢ ص ٣١٨ - وانظر عكس ذلك استئناف مخطئ ٨ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٩٩ .

(٢) استئناف وطني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ الهامة ٢ رقم ٥٥ ص ١٨٢ - ٥ فبراير سنة ١٩٢٢ الهامة ٢ رقم ١٠٠ ص ٣١٥ - استئناف مخطئ ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ -

الشأن أن نزول المشتري عن حق الارتفاق لا يكون له هذا الأثر إلا إذا وقع قبل رفع دعوى الشفعة ، فإذا رفعت هذه الدعوى لم يعد لنزول المشتري عن حق الارتفاق من أثر ، لأنه لا يستطيع بعمله وحده أن يغير من النتائج القانونية التي تترتب على رفع الدعوى فيحرم الشفع من حق الشفعة ، وهو حق أقره له القانون وقام هو بالمطالبة به ^(١) . وهناك رأي يذهب إلى أن نزول المشتري عن حق الارتفاق ينتج أثره ويسقط حق الشفع حتى لو وقع بعد رفع دعوى الشفعة ، بشرط أن يقع قبل صدور الحكم بالشفعة أو التسليم بها من جانب المشتري . إذ يشترط للأخذ بالشفعة أن يظل سببها قائماً من وقت صدور البيع إلى أن يحكم بها أو يسلم بها المشتري ^(٢) . وعندنا أن حق الشفع يثبت بمجرد

= ص ١٥٤ - ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٥ ص ٢٢٨ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٣ ص ٤٢٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٣ ص ٤١٦ .

وقد اكتفى في لجنة الأستاذ كامل صدق بما استقر عليه القضاء في هذا الشأن . إذ لما استفسر أحد الأعضاء « عما إذا كان من المستحسن أن يضاف إلى النص الذي تمت الموافقة عليه ما يفيد سقوط حق الشفعة في حالة التنازل عن حق الارتفاق قبل رفع الدعوى ، ولفت النظر إلى حكم أصدرته محكمة الاستئناف المختلطة في ١٠ مارس سنة ١٩٢١ جاء فيه أن تنازل المشفوع ضده أثناء سير الدعوى عن حق الارتفاق المقرر له على أرض الجار لا يترتب عليه رفض طلب الشفعة » ، قال رئيس اللجنة إنه يرى إدخال هذه الإضافة . (وبعد مناقشة استقر رأى اللجنة على عدم الأخذ بها ، اكتفاء بالرأى الذي جرى عليه القضاء في هذه الحالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠٩ في الحاشي) .

(١) استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢١٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٥ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٣ ص ٤٢٦ - وقد قضت محكمة النقض بأن البحث فيما إذا كان التنازل بعد رفع دعوى عن حق الارتفاق يسقط حق الشفعة أولاً يسقطه بجماله أن يكون هذا التنازل قد تم وفقاً للقانون . ولا يتم التنازل عن حق الارتفاق وفقاً للقانون إلا إذا كان هذا التنازل قد حصل شهراً وفقاً لقانون الشبر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الذي حصل التنازل وقت سريانه . ولا يفي عن ذلك مجرد التقرير بالتنازل عن حق الارتفاق في الدعوى بعد رفضها (نقض مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٤ ص ١٢٠١) .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٥٦ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤٠١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٣ ص ٤١٦ - ٤١٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٨ - ص ٣١٩ .

إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة ، إذ تكون عناصر الشفعة قد تكاملت ، وبتكاملها يثبت حق الشفيع ويحل محل المشتري في البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة . وليس رفع دعوى الشفعة بعد ذلك وصدور الحكم بثبوت الشفعة إلا تقريراً لما تم من أثر قانوني ترتب مباشرة على إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . ومقتضى هذا النظر أن نزول المشتري عن حق الارتفاق لا يكون له أثر في إسقاط حق الشفيع إلا إذا صدر قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . وليس قبل صدور الحكم بثبوت الشفعة أو قبل رفع الدعوى بالشفعة (١) .

١٨٧ - الحالة الثالثة للحوار — أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة

من جهتين ونسأوي من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأول : وهنا أيضاً نواجه أراضى غير مبنية ولا هي معدة للبناء ، وهي أكثر ما تكون أراضى زراعية . وقد حل محل شرط قيام حق الارتفاق ، الواجب توافره في الحالة الثانية ، شرطان يجب توافرها في هذه الحالة الثالثة : (١) ملاصقة أرض الشفيع للأرض المبيعة من جهتين . (٢) كون أرض الشفيع لا تقل في القيمة عن نصف ثمن الأرض المبيعة . ونبحث كلا من هذين الشرطين :

(الشرط الأول) ملاصقة أرض الشفيع للأرض المبيعة من جهتين : لا يكفي هنا ، في هذه الحالة الثالثة كما كان ذلك كافياً في الحالتين الأولى والثانية ، ملاصقة أرض الشفيع للأرض المبيعة من جهة واحدة ، بل يجب الملاصقة من جهتين . وهذا من شأنه أن يوثق صلة الحوار ما بين الأرضين ويقوم ، إلى جانب قيمة أرض الشفيع ، مقام حق الارتفاق في توثيق صلة

(١) أما إذا كانت الأرض المشفوع بها هي التي لها حق ارتفاق على الأرض المشفوع فيها ، وعرض المشتري أن ينهي حق الارتفاق بنزوله للشفيع عن قطعة الأرض التي يباشر فيها هذا الأخير حق ارتفاقه ، فإن ذلك يجوز ، ولكن بشرط ألا يطلب المشتري مقابلاً للأرض التي ينزل عنها للشفيع . وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كانت الشفعة سبباً لكسب الملكية وتثبتت متى توافرت لدى الشفيع الشروط المقررة للأخذ بها ، فلا يجوز أن يمارس هذا الحق بعرض المشتري التنازل عن أرض المسقاة التي يدعى الشفيع أن له ارتفاقاً عليها مقابل ثمن يتقاضاه من الشفيع ، إذ لا سند في القانون لإجبار الشفيع على قبول هذا العرض (نقض مبدئ ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٠٨ رقم ١٧) .

الجوار في الحالة الثانية . فالملاصقة من حد واحد إذن لا تكفي : ولو كانت في نقطتين من هذا الحد (١) . بل ولو كانت على طول هذا الحد الواحد بأكمله (٢) .

فيجب إذن أن تكون الملاصقة من جهتين أو من حدين (٣) . والمقصود بالجهة أو الحد جهة من الجهات الأصلية الأربع : الشرق أو الغرب أو الشمال أو الجنوب . وليس يلزم أن تكون الجهتان الواجب الملاصقة فيهما متجاورتين . بل يصح أن تكونا غير متجاورتين . فكما يجوز أن تكون الملاصقة من الشمال والشرق أو من الغرب والجنوب ، يجوز أيضا أن تكون من الشرق والغرب

(١) استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ص ١٤ - قنا الكلية ٢٥ يناير سنة ١٩٢٦ المضافة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٦ ص ٤٢٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٧ - وقد قضى بأنه إذا كان الشفع جاراً من حد واحد منكسر أو متحن ، فإن هذا لا يغير من وضعه من أنه جار من حد واحد فقط ، وإن كانت الملاصقة في نقطتين من نفس الحد (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢ - ٢٤ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٢٩) .

(٢) استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٧١ - ٥ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٧ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا فازع المشتري في جوار ملك الشفع للأرض المشفوع فيها من حدين ، فقضت محكمة الموضوع بعدم جدية هذه المنازعة استناداً إلى إقرار المشتري الوارد بعقد البيع سبب الشفعة من أن أرض الشفع تجاور القدر المبيع من الحدين الشرق والغرب ، وإلى تسليم المشتري بهذا الجوار في صحيفة دعوى التعاقد المرفوعة منه عن الأرض المشفوع فيها ، وإلى عقد شراء الشفع لأطيانه التي تجاور الأرض المشفوع فيها من حدين ، فإن هذه الدلائل التي أوردها الحكم كافية لحمل قضائه على هذا الخصوص (نقض مدني ١٩ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ؛ رقم ٧٤ ص ٥٠٤) . وقضت أيضاً بأنه إذا قضى الحكم بالشفعة بناء على مجاورة أرض الشفع للأرض المشفوع فيها من حدين (القبل والشرق مثلاً) ، بنقولة إن تسجيل الشفع عقد شرائه الأرض الواقعة في الحد الشرقي يرتد أثره إلى تاريخ العقد - فإنه يكون قد أخطأ (نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٥ ص ١١٨ - ويلاحظ في شأن هذا الحكم أمران : (١) ما سبق أن ذكرناه في الجزء الرابع من الوسيط من أن للتسجيل أثراً رجعياً فيما بين المتعاقدين ، لا بالنسبة إلى الغير : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٧ - ص ٥٢٨) . (٢) يبدو من وقائع القضية أن الشفعة قد شفت بأرضين يجاور كل منهما الأرض انبعية في حد واحد ، وكان يكفي أن ترفض دعوى الشفعة لهذا السبب ، إذ أن الشفعة يجب أن تشفع بأرض واحدة تجاور الأرض المبيعة في حدين كما سبق القول) .

أو من الشمال والجنوب^(١) . وتكنى الملاصقة ، في كل من الحدين ، في نقطة واحدة ولو بمقدار شبر واحد ، فلا يلزم أن تكون على امتداد كاف كنصف الحد أو ثلثه^(٢) . والملاصقة من جهتين ينظر فيها إلى أرض الشفيع لا إلى الأرض الميعة ، فإذا لاصقت الأرض الميعة أرض الشفيع في جهتين منها فقد توافر الشرط ، حتى لو كانت الملاصقة في جهة واحدة فقط من الأرض الميعة^(٣) .

(١) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ .

(٢) أنظر ما قدمناه آنفاً في الملاصقة في أراضي البناء فقرة ١٨٥ - وانظر نقض ملف أول أبريل سنة ١٩٥٤ بمجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٠ ص ٧٤٣ - محمد عل مرة ٢ فقرة ٢٤٦ ص ٤٣٠ - وانظر عكس ذلك وأن الملاصقة يجب أن تكون على امتداد كاف كنصف الحد أو ثلثه استئناف مخطوط ٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٧١ - ١٤ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٢٨ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن المادة الأولى من قانون الشفعة (المادة ٩٣٦ من التقنين المدني الجديد) ينصها على جواز الشفعة وإذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين وتساوى من الثمن نصف الأرض المشفوعة على الأقل ، قد دلت على أن الشارع إنما أراد أن يجعل العبارة في تقرير حق الأخذ بالشفعة مجاورة أرض الشفيع من جهتين من جهاتها للأرض الميعة ، إذ هي قد أسندت الملاصقة إلى أرض الشفيع ، واشترطت أن يكون ثمن هذه الأرض مساوياً لنصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل . وهذا وذاك يقطعان في أن الشارع قد ركز اهتمامه في تحديد أوصاف أرض الشفيع دون الأرض الميعة ، مما يقتضي القول بأن كون الملاصقة من جهتين هو أيضاً وصف وارد على أرض الشفيع لا على الأرض الميعة . ويؤيد هذا النظر أن الشفعة إنما شرعت لمنع الضرر عن الجار ، ومقتضى هذا أن هذا الجار المقصود منه الضرر عنه هو الذي تكون جبرته على الاعتبار (نقض ملف ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ ص ٤٦٥ - وقد جاء في أسباب هذا الحكم : « ومن حيث إن المطعون ضده الأول (الشفيع) والطاعين (المشفوع ضدهم) قد اختلفوا في تحديد جوار الملكين ، الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها . فالأول يقول إن أرضه تحد الأرض المشفوع فيها من جهتين هما الحد الغربي والحد القبلي ، والآخرون يقولون إن أرضهم هي التي تحد الأرض المشفوع بها من جهتين الشرقية والقبلية ، أما أرض المشفوع بها فلأنها تقع في الزاوية البحرية الشرقية للأرض الشائعة فيها المقدار المشفوع فيه ، أي أن حداها من هذه الناحية منكسر ، وهي بهذا الوضع لا تحد الأرض المشفوع فيها إلا من جهة واحدة هي إما الجهة البحرية أو الجهة الشرقية . ومن حيث إنه يبين من أوراق الدعوى المقدمة من الطاعين أنفسهم أن أرض الشفيع تجاور الأرض المشفوع فيها من جهتين هما كل الحد الغربي لأرض الشفيع وكل حداها القبلي ، فتكون الشفعة في هذه الحالة جائزة ») - وأنظر أيضاً في هذا المعنى نقض ملف ٢٢ -

ويجب أن يلاصق الشفيع . في حدين من حدود أرضه الواحدة ، الأرض المبيعة . فلو لاصقها في حد واحد من حدود أرض مملوكة له ، وفي حد واحد آخر من حدود أرض أخرى مملوكة له ، لما جازت الشفعة . إذ يجب لجوازه أن يلاصق الشفيع بأرض واحدة - لا بأكثر - الأرض المبيعة ، ويلاصقها في حدين من حدود الأرض الواحدة التي يشفع بها ^(١) على الوجه الذي سبق بيانه .

(الشرط الثاني) كون أرض الشفيع لا تقل في القيمة عن نصف ثمن الأرض المبيعة : وقد كان هذا الشرط غير مطلوب في التقنين المدني السابق . فكان بعض الناس يضاربون عن طريق المطالبة بالشفعة ، فيشترون قطعاً صغيرة من الأرض في وسط أراض واسعة . ويتربصون ، حتى إذا بيعت أرض مجاورة لأرضهم الصغيرة أخذوا يهددون أصحاب الشأن بأن يطلبوا الأرض المبيعة بالشفعة ، ثم يسامون ويتزلون عن حق الشفعة في نظير مبلغ من المال ^(٢) . فاشترط قانون الشفعة السابق أن تكون أرض الشفيع لا تقل في القيمة عن نصف ثمن الأرض المبيعة ، للحد من هذه المساومات والمضاربات . وانتقل هذا الشرط إلى التقنين المدني الجديد ^(٣) .

= أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقص في ٢٥ عنأ جزء أول من ٧٠٦ رقم ٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٨ من ٢٢٠ - من ٢٢١ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٦ من ٤٢٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ من ٤١٧ - من ٤١٨ .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان الشفيع يجاور الأرض المبيعة من جهة بأرض مملوكة له ، ويجاورها من جهة أخرى بأرض غير الأرض الأولى بصفته شريكاً في الشيوع فيها ، فلا شفعة ، لأن الشفعة ، لا يمكن أن تكون بين ثلاثة عقارات يشفع الشفيع بمقارن منها (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ من ٤٢٤) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٩ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٦ من ٤٢٩ - من ٤٣٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ من ٤١٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٣ من ٣١٩ - حسن كبيرة من ٧ - من ٨ .

(٢) وقد أشير إلى هذه المساومات في لجنة الأستاذ كامل صدوق (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ من ٣٦١ في الهامش) .

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٠ من ٢٢٢ - من ٢٢٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٧ من ٤٣٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ من ٤١٨ .

والعبرة بقيمة أرض الشفيع وقت إبرام عقد البيع الذى يؤخذ فيه بالشفعة ، لأن هذا هو الوقت الذى يجب أن تتوافر فيه شروط الأخذ بالشفعة بما فيها قيمة أرض الشفيع (١) . أما بالنسبة إلى الأرض المبيعة ، فالعبرة بالثمن الحقيقى الذى يبعث به ولو زاد على قيمة الأرض الحقيقية ، لأن هذا هو صريح النص ، ولأن هذا هو الثمن الذى يجب على الشفيع تقديمه للأخذ بالشفعة (٢) . أما مساحة كل من الأرضين فلا يعتد بها ، فقد تكون مساحة أرض الشفيع ضعف مساحة الأرض المبيعة ومع ذلك تقل قيمتها عن نصف الثمن الذى اشترت به الأرض المبيعة ، فلا يجوز فى هذه الحالة الأخذ بالشفعة (٣) .

وإذا كانت أرض الشفيع حصة شائعة فى أرض مجاورة للأرض المبيعة ، فالعبرة بقيمة كل الأرض الشائعة إذا طلب الشركاء الأخذ بالشفعة ، لأن الأرض المشفوع بها تكون فى هذه الحالة هى كل الأرض الشائعة (٤) . أما إذا طلب الشفعة أحد الشركاء فى الشيوع دون الباقى ، فالعبرة بقيمة حصته الشائعة وحدها لا بقيمة كل الأرض ، لأن هذه الحصة الشائعة تكون فى هذه الحالة هى الأرض المشفوع بها (٥) .

- (١) انظر فى هذا المعنى عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٨ .
 (٢) محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٧ ص ٤٣٠ - عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٥٧ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٨ - ص ٤١٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣٢٠ - حسن كيرة ص ٧ - وهناك رأى يذهب إلى أن العبرة بالقيمة الحقيقية للأرض المبيعة ، لا بالثمن الذى اشترت به (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٢٨ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٠ ص ٢٢٣ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٢ ص ٢٥٧ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠١ ص ٤٣٩) .
 (٣) استئناف مختلط ٢٠ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٠ ص ٢٢٣ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٧ ص ٤٣١ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٩ .
 (٤) استئناف مختلط ٢٠ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٣ .
 (٥) استئناف مختلط ٤ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٠ ص ٢٢٣ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٨ ص ٤٣٢ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠١ ص ٤٣٩ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٩ - حسن كيرة ص ٧ - وانظر عكس ذلك وأن العبرة بقيمة كل الأرض الشائعة ولو لم يضب الشفعة إلا أحد الشركاء فى الشيوع : استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٣٩ .

(ب) الشروط الواجب توافرها في الشفع

- ١٨٨ - يباه هذه الشروط : يجب ، حتى يستطيع الشفع الأخذ بالشفعة ، أن توافر فيه الشروط الآتية :
- (١) أن يكون مالكا للعقار المشفوع به من وقت بيع العقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة (١) .
- (٢) أن يكون متوافرا على الأهلية الواجبة .
- (٣) أن يكون غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه .
- (٤) ألا يكون وقفا .

١٨٩ - الشرط الأول - الشفع مالك للعقار المشفوع به من وقت

بيع العقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة : يجب أولا أن يكون الشفع مالكا للعقار المشفوع به (٢) . فإن كان يشفع برقبة أو بحق انتفاع أو بحكر (٣) ، وجب أن يكون مالكا للرقبة أو لحق الانتفاع أو لرقبة العين المحكرة أو لحق الحكر . وإن كان يشفع بحصة شائعة في عقار مملوك على

(١) وتنص الفقرتان الأولى والثانية من المادة ١١٢٣ في عراق على ما يأتي :
 « ١ - لا تثبت الشفعة إلا ببيع العقار المشفوع مع وجود السبب الموجب لها وقت البيع .
 ٢ - ويشترط في المال المشفوع أن يكون عقارا مملوكا ، وأن يكون بيمه قد تم قانونا .
 ويشترط في العقار المشفوع به أن يكون ملكا لشفيع وقت بيع العقار المشفوع ، وأن يبي مملوكا له إلى وقت الحكم بالشفعة أو التراضي عليها » - وتنص المادة ٢٤٢ من قانون الملكية العقارية اللبناني (المعدلة بقانون ٩ شباط سنة ١٩٤٨) على ما يأتي : « يعود حق الشفعة للأشخاص المذكورين في المادة ٢٣٩ الذين يكون تاريخ سند تملكهم سابقا لتاريخ سند المشتري » .
 (٢) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٥٠ المخامة ٣١ رقم ١٦٤ ص ٥٤٩ .
 (٣) ويلاحظ أن من يشفع برقبة في حق انتفاع أو في حق حكر ، ومن يشفع بحق

انتفاع أو بحق حكر في رقبة ، يجب أن يكون مالكا للرقبة أو حق الانتفاع أو حق الحكر . وكذلك الشريك في الشيوع يجب أن يكون مالكا لحصة شائعة في الملك التام أو في الرقبة أو في حق الانتفاع أو في حق الحكر . أما الجار ، فيجب أن يكون مالكا للعقار المشفوع به ملكية تامة ، أو على الأقل يملك رقبته ، إذ النص يقول «الجار المالك» . فلا تثبت الشفعة لصاحب حق انتفاع أو لصاحب حق حكر في العقار المجاور ، ولكن تثبت الشفعة للجار المالك ملكية تامة أو للجار الذي له ملك الرقبة كما قلنا (أنظر في هذا المعنى عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٧ - حسن كيرة ص ٧) - ولكن يجوز للجار المالك أن يشفع في حق الانتفاع أو في حق الحكر المجاور له (أنظر مايل فقرة ١٩٥) .

الشيوع ، وجب أن يكون مالكا لهذه الحصّة الشائعة أى أن يكون أحد الشركاء فى الشيوع . وإن كان يشفع بعقار مجاور فى إخذى حالاته الثلاث المتقدم ذكرها ، وجب أن يكون مالكا لهذا العقار المجاور .

وملكية الشفع للعقار المشفوع به يجب أن تكون سابقة على البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة . وأهم ما يعرض فى العمل فى هذا الصدد أن يكون الشفع مالكا للعقار المشفوع به بموجب عقد بيع . فيجب أن يكون هذا البيع موجودا وسابقا على البيع الذى يؤخذ فيه بالشفعة ، فجرد المفاوضات بين الشفع والبائع له لا تكفى إذا لم يتم البيع (١) . وتامم البيع نفسه لا يكفى ، بل يجب أيضا أن يكون هذا البيع مسجلا ، حتى تنتقل إلى الشفع بال تسجيل ملكية العقار المشفوع به (٢) ،

(١) نقض ملف ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ ص ٤٦٥ - ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٩ ص ٥٦٨ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٢ ص ٧٩ - استئناف وطى ١٧ مايو سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٢٠٣ - استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٥٠ إخماتة ٣٢ رقم ١٥٣ ص ٦٦٦ - الزقازيق الكلية ٣ فبراير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسية ٢٢ رقم ٩١ ص ١٤٠ .

(٢) أما قبل قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ ، فكانت الملكية تنتقل بالبيع غير المسجل فيما بين المتعاقدين ؛ ولما كان المشفوع ضده لا يعتبر من الغير فى عقد البيع الذى تملك به الشفع العقار المشفوع به ، فإن الشفع كان يعتبر مالكا بالنسبة إلى المشفوع ضده حتى قبل أن يسجل عقد شرائه للعقار المشفوع به ، فكان يجوز له الأخذ بالشفعة ولولم يسجل (استئناف مخطوط ١٦ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٣٥ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٦١ - الزقازيق الكلية ٣ فبراير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسية ٢٣ رقم ٩١ ص ١٤٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٦٤ ص ٢٥١ - ٢٥٧) .

ولكن بعد صدور قانون التسجيل ثم قانون الشهر العقارى ، وفيما لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل حتى فيما بين المتعاقدين ، اجمع القضاء والفقه على أن الشفع لا يجوز له الأخذ بالشفعة إذا لم يكن عقده مسجلا (نقض ملف ٢٢ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٤ ص ٥٩٤ - ؛ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٨ ص ١٤٥ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٢ ص ١٧٧ - ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٤ ص ٦٢٨ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ ص ٣٢ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٠ ص ٩٨٦ - أسبوط الكلية ١٩ يناير سنة ١٩٢٨ إخماتة ٩ رقم ٧١ ص ١١٣ - ملوى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ إخماتة ٢٤ رقم ٤٤ ص ٩٩ - استئناف مخطوط ٢ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٢٠ - ١٨ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٥٩ - ١٤ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٨١ - ١٢ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٩ - ٢٦ يونيو -

وأن يكون هذا التسجيل سابقا على البيع الذى يؤخذ فيه بالشفعة (١) .
وقد اطرده قضاء محكمة النقض على أنه إذا لم يكن عقد شراء الشفيع للعقار المشفوع
به مسجلا وقت البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة ، فإن الشفعة لا تجوز حتى لو
كان شراء الشفيع سابقا على البيع المشفوع فيه وسجل الشفيع عقد شرائه قبل
تسجيل هذا البيع (٢) . ولا تأخذ محكمة النقض بالأثر الرجعى للتسجيل فيما بين
المتعاقدين (٣) ، ولو أخذت به . كما تأخذ ، لبنين أن الشفيع بعد أن سجل
عقد شرائه أصبح مالكا للعقار المشفوع به — بالنسبة إلى من لا يعتبر غيرا
فى هذا العقد ويدخل فيهم المشتري للعقار المشفوع فيه — من وقت شراء العقار
المشفوع به لا من وقت تسجيل هذا الشراء . فيكون الشفيع ، بفضل هذا
الأثر الرجعى . مالكا للعقار المشفوع به وقت صدور البيع المشفوع فيه :
حتى لو سجل المشتري المشفوع ضده هذا البيع قبل أن يسجل الشفيع عقد

= سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٩٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٤ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٧٥
- إسماعيل غانم ص ٧٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٥ - حسن كيرة ص ١٠ . وانظر
عكس ذلك وأنه يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة قبل أن يسجل عقده : عبد السلام زهني فى الأموال
فقرة ٤٦٣ ص ٦٥٧ و فقرة ٤٨٩ ص ٦٧٩ - ص ٦٨٠ .

(١) نقض مدنى ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٤ ص ٦٢٨ - ١٨ فبراير
سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة
أحكام النقض ٧ رقم ١٤٠ ص ٩٨٦ - وعلى الشفيع إثبات ملكيته للعقار المشفوع به وقت
صدور البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة (استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٥ -
٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٥) .

(٢) فلو كان الشفيع للعقار المشفوع به غير مسجل ، ووقع الشفيع على البائع له
دعوى بصحة التناقد وسجل صحيفة الدعوى ، وصدر الحكم بصحة التناقد ، ثم صدر البيع الذى
يؤخذ فيه بالشفعة قبل تسجيل الحكم بصحة التناقد ، لم يجز للشفيع الأخذ بالشفعة ، لأن الحكم
بصحة التناقد لم يسجل قبل صدور البيع المشفوع فيه (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة
عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤ -
محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٧٦ - إسماعيل غانم ص ٧٦ - عبد المنعم فرج الصدة ٢٩٥ ص ٤٣٤ -
ص ٤٣٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٢) .

(٣) نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ ص ٤٦٥ - ٤ أبريل
سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٥ ص ١٤٥ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم
١١٢ ص ٢٥٥ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ ص ٣٢ - ١٨ فبراير
سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ .

شرائه . فيجوز إذن ، في رأينا ، للشفيع أن يأخذ بالشفعة متى سبق عقده شرائه للعقار المشفوع به البيع المشفوع فيه ، على شرط أن يسجل عقد شرائه (١) ، أما قبل هذا التسجيل فلا يجوز له الأخذ بالشفعة .

ولا يكفي أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به وقت صدور البيع المشفوع فيه ، بل يجب أيضا أن يبقى مالكا لهذا العقار حتى وقت ثبوت حقه في الشفعة (٢) . فلو أنه ، ما بين وقت صدور البيع المشفوع فيه ووقت ثبوت

(١) وهذا ما سبق لنا القول به عند الكلام في عقد البيع ، فقد قررنا في هذا الصدد ما يأتي : « نفرض مشتريا لعقار لم يسجل عقده ، وبيع عقار مجاور لعقاره توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب الأخذ بالشفعة ثم سجل عقده . فلو أخذنا بالأثر الرجعي ، لاعتبر المشتري مالكا للعقار المشفوع به قبل بيع العقار المشفوع فيه ، ولأمكنه الأخذ بالشفعة . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي - وهذا ما فعلته محكمة النقض - فإن المشتري لا يعتبر مالكا للعقار المشفوع به إلا بعد بيع العقار المشفوع فيه ، فلا يمكنه الأخذ بالشفعة . ودؤثر الأخذ بالأثر الرجعي ، وإعطاء المشتري الحق في الأخذ بالشفعة . ولو قلنا بالرأي الذي ذهب إليه محكمة النقض ، لترتب على ذلك أن الشفيع يكون في هذه الحالة هو المالك السابق الذي باع للمشتري العقار المشفوع به ، فقد كان مالكا لهذا العقار وقت بيع العقار المشفوع فيه . ولذلك في أنه بين المالكين المتعاقبين - البائع للعقار المشفوع به والمشتري إياه - المشتري هو الباقي مجاورا للعقار وهو الأول بالأخذ بالشفعة ، إلا إذا قيل إن الشفعة في هذه الحالة لا تكون لأحد منهما فيتمتع بذلك حق قرره القانون وتبيأت الأسباب لكسبه » (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٧ - ص ٥٢٨) . وقد ناقشنا طويلا ، عند الكلام في البيع ، الرأي القائل بأن لتسجيل أثر رجعي فيما بين المتعاقدين دون الغير ، وانتصرنا لهذا الرأي ، واستندنا في ذلك إلى جملة من الحجج تدعمه ، فتحيل هنا إلى ما قدمناه هناك (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٠ - فقرة ٢٨٦) . وقارن عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٩٥ ص ٤٣٣ هامش ٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٢٢١ هامش ٣ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى أحدث المشتري لأرض بمقد غير مسجل بناء على الأرض ، أصبح هذا البناء ملكا له ملكية مصدرها واقعة البناء بماله من حق البناء على سبيل البقاء والقرار ومن ثم يقوم به سبب الشفعة بوصفه جارا مالكا للبناء (نقض مدني ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض رقم ٤٨ ص ١٦٦) . ويؤخذ على هذا الحكم أنه لو صح ما ذهب إليه محكمة النقض من أن المشتري يشفع بالبناء - لا بالأرض - لوجب أن يكون البناء نفسه هو الملائق للعقار المشفوع فيه ، ولا يمكن أن تكون الأرض هي الملائقة .

(٢) وثبوت حق الشفيع في الشفعة ، بحسب قضاء محكمة النقض ، إنما يكون بصدور الحكم بثبوت الحق في الشفعة ، أو من وقت التراضي على الأخذ بالشفعة أي من وقت تسليم المشفوع ضده للشفيع بالشفعة . وفي رأينا أن الشفيع يثبت حقه في الشفعة ، إذا توافرت =

حقه في الشفعة ، باع العقار المشفوع به أو وهبه فلم يعد مالكا له (١) ، أو وقفه فأصبح لا يستطيع أن يشفع بالعقار الموقوف (٢) كما سيجيء ، أو انفسخ سند ملكيته للعقار المشفوع به بتحقيق شرط فاسخ مثلا ، أو انقطع التلاصق ما بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه فلم يعد الشفيع جارا يجوز له الأخذ بالشفعة (٣) ، أو انقسم العقار المشفوع به وكان حصة شائعة فأصبح عقارا مفرزا لا يلاصق العقار المشفوع فيه ، فإن ملكية الشفيع للعقار المشفوع به على الوجه الذي يصح معه الأخذ بالشفعة تكون قد انقطعت قبل أن يثبت حقه في الشفعة ، فلا يستطيع المضي بعد ذلك في إجراءات الأخذ بالشفعة إذ يكون حقه فيها قد سقط (٤) .

ويجب أن تكون ملكية الشفيع ، من وقت البيع المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة على النحو الذي تقدمناه ، ملكية قائمة . فلو لم تكن قائمة ، فلا شفعة . ويترتب على ذلك أن الشفيع ، إذا كان يملك العقار المشفوع به بالتقادم ولم تكن مدة التقادم قد اكتملت وقت صدور البيع المشفوع فيه ، لا يحق له الأخذ بالشفعة ، حتى لو اكتملت هذه المدة قبل الأخذ بالشفعة (٥) . كذلك

=شروطها ، من وقت إعلان رغبته في الأخذ بها . فهذا الإعلان تكون عناصر الأخذ بالشفعة قد تكاملت ، وحل الشفيع محل المشتري في البيع المشفوع فيه . وليس الحكم بثبوت الحق في الشفعة ، أو التراضي على ثبوت هذا الحق ، إلا تقريراً لما تم قبل ذلك وقت إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . وسيأتى بيان ذلك تفصيلا عند الكلام في الحكم بالشفعة .

(١) فلا يستطيع الأخذ بالشفعة لأن ملكيته للعقار المشفوع به لم تستمر ، وكذلك من انتقلت إليه الملكية من مشتر أو موهوب له لا يستطيع الأخذ بالشفعة لأنه لم يكن مالكا وقت صدور البيع المشفوع فيه (محدد على عرفة ٢ فقرة ٢٨٠ ص ١٧٤ - عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٤ - إسماعيل غانم ص ٧٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٦) .

(٢) استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣١٦ .

(٣) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٨ - ص ٤٣٩ .

(٤) نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٣ - إسماعيل غانم

ص ٧٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٣ - حسن كيرة ص ٨ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأن من شرائط الأخذ بالشفعة أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به ، ولا يكتفى أن يكون حائزا أو وازع اليد بنية التملك دون أن يتم له التملك (نقض مدني ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٢٢ ص ١٦٢) . وانظر محمد كامل =

لا شفعة إذا كان سند الشفع في ملكية العقار المشفوع به عقدا سوريا أو عقدا باطلا ، فإن كلا من العقدين لا وجود له حتى لو بطل ، ولا يكون من شأنه أن يجعل الشفع مالكا للعقار المشفوع به (١) . ولا شفعة أيضا إذا كان سند الشفع في ملكية العقار المشفوع به يباع مطلقا على شرط واقف ولو بطل ، فإن ملكية الشفع للعقار المشفوع به تكون موقوفة . ولا يتغير الحكم حتى لو تحقق الشرط الواقف قبل الأخذ بالشفعة ، فإن ملكية الشفع كانت موقوفة غير قائمة وقت صدور البيع المشفوع فيه . ولا يعتد هنا بالأثر الرجعي للشرط الواقف ، فإن هذا الأثر الرجعي مجرد افتراض لإرادة المتعاقدين ولا عمل له في نطاق الشفعة (٢) . وقد قلنا أنه لا تجوز الشفعة إذا كان سند ملكية الشفع للعقار المشفوع به غير مسجل وقت صدور البيع المشفوع فيه ، فإن السند غير المسجل لا يجعل الشفع مالكا للعقار المشفوع به .

ولكن يجوز الأخذ بالشفعة إذا كان سند ملكية الشفع للعقار المشفوع به يباع مطلقا على شرط فاسخ . فإن هذا البيع إذا جعل تنتقل به ملكية العقار المشفوع به إلى الشفع معلقة على شرط فاسخ ، والملكية المعلقة على شرط فاسخ بخلاف الملكية المعلقة على شرط واقف ملكية قائمة تجوز الشفعة بها . وكان المشتري للعقار وفاء ، وقت أن كان يبيع الوفاء جائزا ، إذا جعل البيع ، يجوز له الأخذ بالشفعة لأنه يكون مالكا تحت شرط فاسخ (٣) ، ولا تجوز الشفعة للبائع

سرسى ٣ فقرة ٢٦٢ - محمد علي مرة ٢ فقرة ٢٧٨ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤١٣ - إسماعيل غانم ص ٧٦ - ص ٧٧ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٩٥ ص ٤٣٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢١ - وانتظر عكس ذلك عبد السلام ذهني في الأموال فقرة ٤٨٠ ص ٦٧٢ .

(١) عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤١٧ - إسماعيل غانم ص ٧٧ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٣ - حسن كبيرة ص ١١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٣ (فيما يتعلق بالعقد الباطل) .

(٢) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٠ - محمد علي مرة ٢ فقرة ٢٧٣ ص ٤٦٦ - إسماعيل غانم ص ٧٧ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤١٦ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٧ - ص ٤٣٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٣ - حسن كبيرة ص ١١ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان سند ملكية الشفع هو عقد بيع وفاء رفضت دعوى بطلانه لما يفصل فيها ، فلا يكون الحكم له بالشفعة مخالفا لقانون ، لأنه بمجرد بيع الوفاء يصير المبيع ملكا للمشتري ينتزع به آثار حقوق المالك ، ومن ثم ثبت له حق الشفعة من تاريخ تسجيل -

وفاء لأنه يصبح مالكا تحت شرط واقف . وإذا أخذ المالك تحت شرط فاسخ بالشفعة وثبت له حقه في ذلك ، ثم تحقّق الشرط الفاسخ ولم يعد الشفيع مالكا للعقار المشفوع به بأثر رجعي ، فإن ذلك لا أثر له في ثبوت حق الشفعة له ، وقد قدمنا أن الأثر الرجعي للشرط لا يعتد به في نطاق الشفعة . لكن إذا تحقّق الشرط الفاسخ قبل ثبوت حق الشفيع في الشفعة ، فإن ملكية الشفيع للعقار المشفوع به تنسخ ، ولا يعود الشفيع مالكا لهذا العقار ، وبذلك لا تستمر ملكية الشفيع للعقار المشفوع به إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة ، ومن ثم يسقط حق الشفيع في الأخذ بها (١) .

وكذلك يجوز الأخذ بالشفعة إذا كانت ملكية الشفيع للعقار المشفوع به ملكية شائعة ، وكان الجوار هو سبب الأخذ بالشفعة (٢) . فلو كان العقار المشفوع به الملاصق للعقار المشفوع فيه مملوكا على الشيوع لعدة شركاء ، فإن للشركاء جميعا يستطيعون الأخذ بالشفعة . ويجوز لأى شريك منهم أيضا أن يأخذ وحده بالشفعة مستندا في ذلك إلى حصته الشائعة ، فإن الحصة الشائعة عقار مملوك لصاحب هذه الحصة ، ويجوز الشفعة به (٣) . وقد قدمنا أنه إذا

حققه مادام لم يقض بطلانه (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤) . وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٧٧ ص ٤٧٢ - عبد المنعم البهراوى فقرة ٤١٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٣ - حسن كيرة ص ١١ .

(١) أنظر أنفا نفس الفقرة - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٨٠ ص ٤٧٥ - إسماعيل غانم ص ٧٦ - ص ٧٧ - وانظر في الآراء المختلفة في حق الشفيع المالك تحت شرط فاسخ أو تحت شرط واقف في الأخذ بالشفعة في عهد قانون الشفعة السابق ومناقشة هذا الآراء : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٥٨ - فقرة ٢٦١ .

(٢) أما إذا كان الشفيع يشفع بحصة شائعة في حصة شائعة أخرى باعها شريك آخر ، فلا شك في جواز الأخذ بالشفعة ، عل أن الشفيع في هذه الحالة لا تجوز له الشفعة إلا بحصة شائعة .

(٣) ويثبت حق الشفعة في كل العقار المشفوع فيه لكل واحد من الشركاء المشاعين إذا انفرد ، ولم جميعاً إذا اجتمعوا ، فليس اجتماعهم ضرورياً لصحة الطلب ، وانفراد أحدهم به جائز (استئناف مصر ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٤٤ ص ٧١ - ١٢ مارس سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٤٠ رقم ١٠٩ - كفر الزيات ٣ يونيو سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١١٩ ص ٢٥١ - استئناف مخطوط ٤ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤١ - ١٦ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٣٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٥٧ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٨٠ ص ٤٧٤) .

كان الشفيع بالحصة الشائعة جاراً للعقار المشفوع فيه وكان الواجب أن تكون قيمة العقار المشفوع به لا تقل عن نصف ثمن العقار المشفوع فيه ، فالعبرة في هذه الحالة بقيمة الحصة الشائعة وحدها لا بقيمة العقار الشائع كله (١) . وإذا أخذ مالك الحصة الشائعة بالشفعة ، وثبت له الحق فيها ، فإن اقتسامه بعد ذلك للعقار الشائع مع شركائه لا أثر له في حقه الذي ثبت له في الأخذ بالشفعة ، حتى لو كانت هذه الحصة الشائعة بعد إفرازها بالقسمة أصبحت غير ملاصقة للعقار المشفوع فيه ، ولا يعتد بالأثر الرجعي للقسمة في نطاق الشفعة . لكن إذا أفرزت الحصة الشائعة بالقسمة قبل ثبوت حق الشفيع في الشفعة ، وأصبحت بعد الإفراز غير ملاصقة للعقار المشفوع فيه (٢) ، فإن الحق في الشفعة يسقط ، لأن الملاصقة للعقار المشفوع فيه لم تستمر إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة (٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٨٧ في آخرها .

(٢) ويجب على المشتري أن يقيم الدليل على حصول القسمة ، ولتحكمة الموضوع في حدود سلطتها التقديرية أن تزن الأدلة التي يستند إليها المشتري لإثبات ذلك . فإذا قدرت أن هذه الأدلة لا يمكن التحويل عليها فأهدرتها ، وانتهى اقتناعها إلى بقاء حالة الشيوع بين الشركاء ، فإن هذا من حقاها ، ويكون النتي على حكمها قائماً على غير أساس (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٤٣ ص ٩٠٥) .

أما إذا ثبتت القسمة ، فإنه يكون لها هذا الأثر ولولم تكن قد سجلت ، لأن تسجيل القسمة إنما شرع لحماية الغير الذي يحتاج عليه بالقسمة ، ولكن الغير له أن يتسلك بالقسمة بالرغم من عدم تسجيلها ، ولا يجوز للمتقاسمين أن يتسكوا بعدم تسجيل القسمة (نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٨ ص ٤٠٩ - ١٧ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١١١ ص ٨٥١ - ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص ٤٣) . وانظر لإسمايل غانم ص ٧٢ - ص ٧٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٧ ص ٤٢٣ - ص ٤٢٤ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز للجار الذي يملك على الشيوع أن يطلب الشفعة ولولم يشترك معه باقي شركائه في الملك ، وذلك لأنه إنما يملك نصيبه في كل ذرة من العقار المشترك . ولا يؤثر في هذا احتمال أن تسفر القسمة فيما بعد عن حرمانه من الجزء المجاور للعقار المشفوع ، لأن القانون إنما يشترط أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به وقت بيع العقار المشفوع وأن يبق مالكا له لحين الأخذ بالشفعة . وبقاء الجوار ليس بشرط البقاء الابهتقاق . فإذا حصلت القسمة قبل القضاء للشفيع بالشفعة ولم يختص بالجزء المجاور للعقار المشفوع ، سقط حقه فيها . أما إذا قضى له بها قبل حصول القسمة ، فلا يتم زوال ملكه الذي يشفع به بعد ذلك عن طريق القسمة أو أي طريق آخر (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم -

ويجوز الأخذ بالشفعة أخيراً إذا كان سند ملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه قابلاً للإبطال ، كما لو كان بيعاً صادراً من ناقص الأهلية أو مشوباً بعيب في الرضاء . فإن البيع القابل للإبطال ، إذا سجل ، ينقل الملكية إلى الشفيع ، فتكون ملكية الشفيع للعقار المشفوع به ملكية قائمة وإن كانت معرضة للإبطال ، فتجوز الشفعة بها (١) . وإذا ثبت حق الشفيع في الشفعة في هذه الحالة ، ثم أبطل عقد البيع سند ملكية الشفيع ، فإن الملكية تزول بأثر رجعي ، ولكن لا يكون لزوالها على هذا النحو أثر في الحق الذي يثبت للشفيع في الأخذ بالشفعة (٢) . أما إذا أبطل البيع قبل ثبوت حق الشفيع في الشفعة ، وزالت ملكية الشفيع ، فإن حقه في الشفعة يسقط ، لأن ملكيته للعقار المشفوع به لم تستمر إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة .

= ١٧٣ (ص ٤٨٦) . وانظر استئناف وطني ١٢ يناير سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٧ - استئناف مصر ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٤٤ ص ٧١ - كفر الزيات ٣ يونيو سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١١٩ ص ٢٥١ - استئناف مختلط ٤ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤١ - ١٦ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٣٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٥٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠٧ - إسماعيل غانم ص ٧٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٧ ص ٤٢٣ و فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٧ .

وانظر عكس ذلك بى سويف الجزئية ٣١ يناير سنة ١٩٢١ الهامة ٣ رقم ٢٠ ص ٥٢ - استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٤ (يجب اشتراك جميع الشركاء للأخذ بالشفعة) - ٢٤ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٢٩ - ٢ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٢٠ - ١٨ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٥٩ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٩ - ٢٥ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٦ (حتى لو أصبح الشريك مالكا لكل العقار الشائع في أثناء دعوى الشفعة) - ١١ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٧ .

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٧٧ ص ٤٧١ - إسماعيل غانم ص ٧٧ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٣ - حسن كيرة ص ١١ - ولا يجوز للشترى طلب إبطال العقد لأن حق الإبطال لم يتقرر لمصلحته (نقض مدني ٨ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٨ ص ٤٠٩) .

(٢) إسماعيل غانم ص ٧٧ .

١٩٠ - الشرط الثاني - الشفيع قد توافرت فيه الأهلية الواجبة :

ويجب أن تتوافر في الشفيع الأهلية الواجبة للأخذ بالشفعة . ولما كان الأخذ بالشفعة من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة ، إذ هو في حكم شراء العقار المشفوع فيه ، والشفيع إنما يعمل بإرادته أى بتصرفه القانوني محل المشتري ، فلأن الأهلية الواجب توافرها في الشفيع للأخذ بالشفعة هي أهلية التصرف ، ولا تكفى أهلية الإدارة .

وعلى ذلك إذا كان الشفيع كامل الأهلية ، أى بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ، توافرت فيه الأهلية الواجبة للأخذ بالشفعة ، وجاز له أن يستقل بإعلان رغبته في الأخذ بها . وإذا كان له وكيل وكالة عامة ، لم يجز للوكيل الأخذ بالشفعة لأن وكراته مقصورة على أعمال الإدارة ، ولا بد من وكالة خاصة للأخذ بالشفعة لأن الأخذ بها من أعمال التصرف كما قدمنا (م ٧٠٢ مدني) .

أما إذا كان الشفيع قاصراً ، وله أب ولى عليه أو على الولاية عليه ولى الأب ، فإنه يجوز للولى أن يأخذ بالشفعة نيابة عن القاصر دون استئذان المحكمة . فإذا كان ولى القاصر هو الجد ، لم يجز له أن يأخذ بالشفعة نيابة عن القاصر إلا بعد استئذان المحكمة ، ذلك بأن المادة ١٥ من قانون الولاية على المال تنص على أنه « لا يجوز للجد ، بغير إذن المحكمة ، التصرف في مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها » . والأخذ بالشفعة تصرف في مال القاصر ، إذ يترتب عليه أن يعمل القاصر محل المشتري في التزاماته وأن يودع تمهيداً لذلك خزائن المحكمة كل الثمن الحقيقي الذى حصل به البيع . أما إذا لم يكن للقاصر ولى ، فوصيه هو الذى يأخذ بالشفعة نيابة عنه ، ولكن يجب عليه استئذان المحكمة (١) . وكالوصى القيم على المحجور عليه ، فإذا كان الشفيع محجوراً عليه ، فالقيم هو الذى يأخذ بالشفعة نيابة عنه ويجب عليه استئذان المحكمة (٢) .

(١) استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٣٦ .

(٢) محمد كامل مرسى ٣ ققرة ٢٦٥ - عبد المنعم البدر اوى ققرة ٤١٨ ص ٤٥٠ - إسماعيل غانم ص ٧٨ - أما المشفوع ضده ، وهو المشتري ، فإذا كان كامل الأهلية ، جاز له التسليم بالشفعة رضاه أو الخاصة فيها قضاء . وإذا كان قاصراً أو محجوراً عليه ، ناب عنه في التسليم بالشفعة رضاه ولى أو وصيه أو القيم عليه ، ويجب على الوصى أو القيم استئذان المحكمة . وناب عنه في الخاصة قضاء ولى أو وصيه أو القيم ، وفقاً لقواعد العامة في الخاصة القضائية .

١٩١- الشرط الثالث - الشفع غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه :

ولما كان الأخذ بالشفعة بمثابة شراء للعقار المشفوع فيه ، إذ الشفع يحل محل المشتري فيصبح هو المشتري للعقار ، لذلك لا تجوز الشفعة إذا كان الشفع ممنوعاً بحكم القانون من شراء هذا العقار . ونذكر أحوالاً ثلاثاً الشفع فيها ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه ، ومن ثم لا يجوز له أخذه بالشفعة :

(الحالة الأولى) إذا كان العقار المشفوع فيه أرضاً زراعية ، وكان من شأن شرائها أن يزيد ما يملكه الشفع من الأراضي الزراعية على الحد الأقصى الجائر تملكه بموجب قانون الإصلاح الزراعي (مائة فدان) ، فكما لا يجوز له شراء هذه الأرض ، كذلك لا يجوز له أن يشفع فيها (١) ، فلو أن شخصاً يملك ثمانين فداناً مثلاً ، ويجاور أرضه أرض مقدارها أربعون فداناً باعها صاحبها ، فلا يجوز للأول أن يأخذ الأرض المبيعة بالشفعة . ذلك بأنه لو أخذ الأرض المبيعة كلها بالشفعة ، لأصبح ما يملك من الأراضي الزراعية مائة وعشرين فداناً وهذا غير جائز ، ولو اقتصر على أخذ عشرين فداناً منها ليلغ ما يملك مائة فدان فلا يجاوز الحد الأقصى لتفرقت الصفقة على المشتري وهذا أيضاً غير جائز (٢) .

(الحالة الثانية) نصت المادة ٤٧٩ مدني على أنه « لا يجوز لمن يتوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه أو باسم مستعار ، ولو بطريق المزاد العلني ، ما ينيط به بيعه بموجب هذه النية ، ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ، ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى » . ويخلص من هذا النص أن من كان نائباً عن غيره في بيع مال هذا الغير لا يجوز له شراء هذا المال لنفسه ، لتعارض مصلحته الشخصية باعتباره مشترياً مع مصلحة من يتوب عنه باعتباره بائعاً . والنية في بيع مال الغير

(١) نفق مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام التفتش ٨ رقم ٨٨ ص ٧٩٨ -
إسماعيل غانم ص ٧٧ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٩٧ ص ٤٣٩ - منصور مصطفى منصور
فقرة ١٣٦ ص ٣٢٤ - حسن كيرة ص ١١ - وانظر آنفاً فقرة ١٧٣ في آخرها في الهامش .
(٢) الوسيط ٤ فقرة ٢٠١ .

قد تأتى من اتفاق وهذه هى الوكالة ، وقد تأتى عن طريق نص فى القانون وذلك هو المولى ، وقد تأتى عن طريق أمر من السلطات المختصة كما هى الحال فى الوصى والقيم والوكيل عن الغائب والسنديك والحارس القضائى (١) .

فالنائب عن غيره ، على الوجه المتقدم ، فى بيع مال هذا الغير ، ممنوع من شراء هذا المال لنفسه . فلا يجوز له أن يتعاقد مع نفسه ، نائبا فى البيع وأصيلا فى الشراء . وكما لا يجوز له أن يشتري لنفسه عقارا نيظ به يبعه ، كذلك لا يجوز له ، إذا باع هذا العقار للغير تنفيذا لنيابته ، أن يشفع فيه فلذا وكل مالك العقار شخصا فى بيع عقاره ، وباعه الوكيل لمشتري تنفيذا للوكالة ، لم يجز للوكيل ، إذا توافرت له أسباب أخذ الشفعة بالشفعة ، أن يشفع فيه . وذلك لسبب عام ، هو ما قدمناه من أن الوكيل بالبيع ، أو أى نائب عن غيره فى البيع ، ممنوع من شراء ما نيظ به يبعه ، سواء عن طريق الشراء مباشرة ، أو عن طريق الأخذ بالشفعة وهو فى حكم الشراء . ويساند هذا السبب سبب آخر ، هو أنه لو جاز لمن نيظ به بيع العقار أن يشفع فيه ، لما أعياه أن يتواطأ مع المشتري على ثمن بخس وشروط يسيرة ، حتى إذا ما أخذ بالشفعة أفاد من كل ذلك . ثم إن هناك سببا ثالثا يتضافر مع السببين المتقدمين ، فى حالة ما إذا كانت النيابة فى بيع العقار مصلرها الاتفاق أو الوكالة ، هو أن الوكيل الذى يرضى أن يكون وكىلا فى بيع العقار لأجنبى يكون قد نزل بذلك نزولا ضمنيا عن حقه فى أخذ هذا العقار بالشفعة ، وقد قدمنا أنه يجوز التزول مقبلا عن الأخذ بالشفعة (٢) .

(الحالة الثالثة) نصت المادة ٤٧١ مدنى على أنه « لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكثبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا ،

(١) والمباشرة والمجراه فى حكم من يتوب عن الغير فى بيع ماله ويسرى عليهم نفس الحكم ، فقد نصت المادة ٤٨٠ مدنى على أنه « لا يجوز للمباشرة ولا للمجراه أن يشتروا الأموال المهددة إليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها ، سواء أكان الشراء باسمهم أم باسم مستأجره . وانظر فى كل ذلك الوسيط ٤ - ققرة ٥٣ - ققرة ٥٥ .

(٢) محمد كامل مرسى ٣ ققرة ٢٦٩ - عبد المنعم البدراوى ققرة ٤٢١ - إسماعيل غانم ص ٧٨ - عبد المنعم فرج الضعة ققرة ٢٩٧ ص ٤٣٩ - منصور مصطفى منصور ققرة ١٣٦ ص ٣٧٤ - ص ٣٢٥ .

لا بأسمائهم ولا باسم مستعار ، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ، وإلا كان البيع باطلاً . ونصت المادة ٤٧٢ مدني على أنه « لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها ، إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار ، وإلا كان العقد باطلاً . » ويتبين من هذه النصوص أن المحظور عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها هم القضاة وأعضاء النيابة والمحامون وكتبه المحاكم والمحضرون ، على وجه سبق تفصيله عند الكلام في البيع . (١) وجزاء الحظر هو بطلان البيع لحالته للنظام العام ، فما يخالف النظام العام أن يستغل عامل القضاء نفوذه في شراء الحقوق المتنازع فيها ، وإذا كان لم يقصد أن يستغل نفوذه فلا في القليل قد أتى بشرائه الحق المتنازع فيه ظلاً من الشبهة في حيدة القضاء في نزاع يقع في اختصاصه (٢) .

فإذا كان شراء عقار متنازع فيه محظوراً على عمال القضاء الذين سبق ذكرهم ، متى وقع النزاع في اختصاصهم ، فكذلك لا يجوز لهم أن يشفعوا في هذا العقار المتنازع فيه إذا توافرت لهم أسباب أخذه بالشفعة . فإذا باع شخص عقاراً ينازعه شخص آخر في ملكيته ، فالقاضي الذي يدخل في اختصاصه نظر هذا النزاع ، أو المحامي الموكل في هذا النزاع بل حتى لو لم يكن موكلاً فيه متى كان نظر النزاع من اختصاص محكمة مسموح له بالمرافعة أمامها ، لا يجوز له أن يشتري هذا العقار للسبب المتقدم ذكره . وإمعاناً في درء الشبهات عن سمعة القضاء ، لو أن هذا العقار المتنازع فيه باعه صاحبه لأجنبي ، وتوافرت لقاض أو لحام أو لأي عامل آخر من عمال القضاء ، يكون نظر النزاع داخلاً في اختصاصه أو في اختصاص المحكمة المسموح له بالمرافعة أمامها ، أسباب أخذه بالشفعة ، لم يجوز له أخذه . فما يحرم عليه شراؤه ، يحرم عليه كذلك أخذه بالشفعة . ولو أجزنا له الأخذ بالشفعة وحل محل المشتري في شراء العقار المتنازع فيه ، فإن النزاع لا يزال داخلاً في اختصاصه ، ويصعب على من

(١) الوسيط ٤ فقرة ١١١ - فقرة ١١٢ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ١١٢ ص ٢١٨ .

يتنازع البائع في ملكية هذا العقار أن يطمئن إلى حيدة عمال القضاء عند نظر هذا النزاع وواحد منهم هو الذي شفع في العقار وحل محل مشتريه ولوتنحي بعد ذلك عن نظر النزاع . ثم ألا يجوز لعامل القضاء ، لو أبيع له الأخذ بالشفعة ، أن يستعمل الأخذ بها سبيلاً للتحايل ليتغلب على منعه من شراء العقار المتنازع فيه مباشرة ؟ فإجابة عليه للوصول إلى ذلك إلا أن يتواطأ مع صاحب العقار المتنازع فيه ، فيبيع هذا الأخير العقار لأجنبي ، ثم يأخذه عامل القضاء بالشفعة من هذا الأجنبي (١) .

١٩٢ - الشرط الرابع - الشفع ليس بوقف - نص قانوني :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٣٩ مدني على ما يأتي :

« ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة » (٢) .

(١) أنظر في هذا المعنى على زكي الرابي فقرة ٦٢ ص ٣٧ - ص ٣٨ - عبد السلام ذهني في الأموال فقرة ٥٣٢ ص ٧٤٧ - عبد المنعم البدر في فقرة ٤٢١ ص ٤٥١ - إسحاق غانم ص ٧٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٧ ص ٤٤٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٦ ص ٣٢٥ - حسن كيرة ص ١١ - محمود فهمي في رسالته في الشفعة ص ١٧٥ - ص ١٧٦ . وانظر عكس ذلك ، وأنه إذا كان لا يجوز لمال القضاء أن يشتروا العقار المتنازع فيه ، فإنه يجوز لهم أخذه بالشفعة : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٨ ص ٢٦٦ - ص ٢٦٧ - شفيق شحاتة فقرة ٢٥٥ - وما دام أصحاب هذا الرأي المكسي قد أجازوا لمال القضاء أخذ العقار المتنازع فيه بالشفعة ، فهل يجوزون أن يسترد من يتنازع البائع في ملكية العقار هذا العقار من تحت يد الشفع إذا هو رد إليه الثمن الذي دفعه والمصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع تطبيقاً للمادة ٤٦٩ مدني ؟ الظاهر أنهم لا يجوزون ذلك ، لأنهم لا يعتبرون الشفع مضارباً عندما أخذ بالشفعة (أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٨ ص ٢٦٧) . فإذا قلنا بعدم جواز الاسترداد فقد عطلنا حقاً المسترد أعطاء إياه القانون حلقة مشروعة ، بل لحاز استعمال الشفعة سبيلاً للتحايل على تمطيل هذا الحق . وإذا قلنا بجواز الاسترداد ، فقد عطلنا حقاً مشروعاً آخر في نظر أصحاب هذا الرأي ، هو حق الشفع في الأخذ بالشفعة .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ١٣٨٧ من المشروع

التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢ / ١٠١٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢ / ١٠٠٩ . وفي لجنة مجلس الشيوخ اقترح أحد الأعضاء النص على جواز الشفعة في الوقف ، ولكن اللجنة لم توافق على ذلك ، وأقرت النص على ما هو عليه تحت رقم ٢ / ٩٣٩ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٣ - ص ٤٠٩) .

ويتبين من هذا النص أنه إذا كان العقار المشفوع به عقاراً موقوفاً ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة : وهذا هو حكم الفقه الإسلامي ، ففيه لا شفعة للوقف لا بشركة ولا بجوار . فإذا بيع عقار مجاور لوقف ، أو كان المبيع بعضه ملك وبعضه وقف وبيع الملك ، فلا شفعة للوقف — من ناظر أو موقوف عليه — لا في العقار المجاور ولا في الجزء الملك من العقار (١) . والسبب في ذلك أن ناظر الوقف لا يعتبر مالكا للعقار الموقوف حتى يصلح أن يكون شفعياً ، وكذلك الموقوف عليه ليس مالكا للعقار الموقوف فشأنه شأن الناظر في عدم الصلاحية للأخذ بالشفعة . ثم إنه لو جاز أن يأخذ الوقف بالشفعة ، لوجب أن يصبح العقار المشفوع فيه هو أيضاً وقفاً دون أن تصدر حجة بوقفه . وإذا كان العقار المشفوع به ملكاً لا وقفاً وقت بيع العقار المشفوع فيه : ثم وقف قبل ثبوت الحق في الشفعة : فإن الشفعة تسقط لأن العقار المشفوع به وإن كان ملكاً وقت البيع المشفوع فيه لم يستمر كذلك إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة (٢) . وإذا تمسك الشفعي بأن وقف العقار المشفوع به غير صحيح : وأنه لذلك يستطيع أن يشفع به إذ يبقى ملكاً بعد أن بطل وقفه ، وجب أن توقف دعوى الشفعة حتى يفصل من المحكمة المختصة في صحة الوقف (٣) .

ويقابل النص في قانون الشفعة للسابق المادة ٤ : لا شفعة للوقف . (وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) - ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٢/٩٤٣ : لا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة ، ما لم يحتفظ الواقف بذلك في حجة الوقف الأصل . (ويختلف التقنين الليبي في أنه يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة ، إذا احتفظ له الواقف بهذا الحق في حجة الوقف . ويبدو أن ما يأخذ الوقف بالشفعة في هذه الحالة يصبح موقوفاً مثله) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل (والظاهر أن الوقف لا يأخذ بالشفعة مطلقاً لأحكام الشريعة الإسلامية) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٤ (مدله بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : لا شفعة

لوقف . . (والنص يوافق نص التقنين المدني المصري) .

(١) الحانية ص ٥٤٢ - ابن عابدين ص ١٤٧ - مرشد الجيران ص ١١٣ - المجلد ١٧ و ١٠١٩ م ١٠١٩ .

(٢) استئناف تختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣١٦ - عبد المنعم البدر أوى فقرة

٤٢٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٥ - وانظر آتفاً فقرة ١٨٩ .

(٣) استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٤٢ ص ١٩٠ - محمد كامل

مرسى ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٢٦٥ .

وإذا كانت الشفعة لا تجوز بالوقف ، فإنها تجوز في الوقف . ويتحقق ذلك إذا بيع الوقف بمسوخ شرعى ، كما إذا شرط الواقف استبداله فاستبدل ، فإن العقار الموقوف إذ يباع للاستبدال يصبح ملكا فتجوز الشفعة فيه . وأما ثمة فيشتري به عقار آخر ، هو الذى يصبح وقفا ، ولا تجوز الشفعة فيه (١) . أما إذا كان لا يجوز بيع العقار الموقوف أصلا ، كأن كان مسجدا ، فلا يجوز أخذه بالشفعة لأنه لا يصح بيعه (٢) . وإذا كان العقار المشفوع فيه ملكا ، فوقفه المشتري بعد طلب الشفعة ، اعتبر هذا تهريا من الشفعة ، فيكون الوقف باطلا ويجوز أخذ العقار بالشفعة (٣) . وفى التقنين المدنى الجديد ، كما فى قانون الشفعة السابق ، العبرة بتسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة ، فإذا وقف العقار المشفوع فيه بعد تسجيل هذا الإعلان فإن الوقف لا يسرى فى حق الشفع ، ويستطيع أخذ العقار بالشفعة بالرغم من وقفه (م ٩٤٧ مدنى) (٤) .

§ - ٢ نحدد الشفعة ونزاعهم

١٩٣ - نص قانونى : تنص المادة ٩٣٧ مدنى على ما يأتى :

- ١ - « إذا تراحم الشفعة ، يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه فى المادة السابقة » .
- ٢ - « وإذا تراحم الشفعة من طبقة واحدة ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه » .

(١) محمد عل عرفة ٢ فقرة ٢٨١ ص ٤٧٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٨ - وانظر مدار من مناقشات فى هذه المسألة فى لجنة الأستاذ كامل صدق فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٧ فى المائش .

(٢) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٠٦ .

(٣) بى سويف ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ رقم ١٠٤ ص ٣٢٨ .

(٤) ويجوز التساؤل هل تصح للشفعة بالملك الخاص للدولة ، فإذا كان للدولة عقار ملوك ملكا خاصا ، وتوافرت فى هذا العقار شروط المقار المشفوع به ، فهل تستطيع الدولة أن تشفع به فى عقار آخر يباع فتأخذ هذا المقار بالشفعة ؟ أجبتنا على هذا السؤال فى الجزء الثامن من الوسيط بما يأتى : « أما الشفعة ، فيندر أن تشفع الدولة فى عقار إلا إذا قامت ضرورة ملحة لذلك ، وعند ذلك لا نرى مانعا من أن يأخذ بعقار بالشفعة » (الوسيط ٨ فقرة ٧٨ ص ١٥٥) .

٣ - « فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفيحاً بمقتضى نص المادة السابقة ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى ، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى » (١) .
ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادة ٧ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٤١ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٣١ -
١١٣٢ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٤٠ - ٢٤١ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدى كانت تتضمن في آخرها العبارة الآتية : « إلا أنه فيما بين الجيران يقدم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره » . ولما كانت لجنة المراجعة قد حذفت الشفعة بسبب الجوار ، فقد حذفت تبعاً لذلك هذه العبارة « حيث أصبح لا لزوم لها » ، وأقرت اللجنة النص بهذا الحذف تحت رقم ١٠٠٩ في المشروع النهائي . ووافق على النص كما هو مجلس النواب ، تحت رقم ١٠٠٩ دون أن يتنبه المجلس ، بعد أن أعاد الشفعة بسبب الجوار ، إلى وجوب إعادة اعتبارها معدومة . ثم وافق على النص مجلس الشيوخ ، دون تعديل تحت رقم ٩٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٩ ص ٣٨٥ - ص ٣٩٤) .

(٢) قانون الشفعة السابق م ٧ : إذا تعدد الشفعاء يكون الحق في الشفعة : (أولاً) لما كان الرقبة . (ثانياً) للشريك انذى له حصة مشاعة . (ثالثاً) لصاحب حق الانتفاع . (رابعاً) للجار المالك - فإذا تعدد مالكو الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون بقدر نصيبه - وإذا تعدد الجيران ، يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره .

(٣) وقانون الشفعة السابق يتفق مع التقنين المدني الجديد فيما عدا أموراً ثلاثة : (١) لم يدرج قانون الشفعة السابق صاحب الرقبة في المحرك وصاحب حق المحرك بين الشفعاء ، ولذلك لم يورد ترتيباً لهم . (٢) لم ينص ، كما نص التقنين المدني الجديد ، على حكم تزامم المشتري الشفيح مع غيره من الشفعاء . (٣) وضع قاعدة للمفاضلة بين الجيران الشفعاء إذا تعددوا ، وأغفل التقنين المدني الجديد وضع هذه القاعدة سهواً) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني : الليبي م ٩٤١ : ١ - إذا تزامم الشفعاء ، يكون استئصال الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة . ٢ - وإذا تزامم الشفعاء من طبقة واحدة ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه . ٣ - فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفيحاً بمقتضى نص المادة =

ويفترض النص المتقدم الذكر أن هناك أكثر من شفيح واحد توافرت فيهم شروط الأخذ بالشفعة . فإذا لم يتقدم منهم لطلب الشفعة إلا شفيح واحد ، ولم يزاحه في طلبها أحد من الشفعاء الآخرين ، جاز له أن يأخذ بالشفعة كل العقار المشفوع فيه أو بعضه طبقاً لما يقرره مبدأ عدم قابلية الشفعة للتجزئة وعدم

السابقة ، فإنه لا يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقة . (ويتفق التقنين المصري مع التقنين العراقي ، فإنه لا يفضل على من يزاحه من الشفعاء الذين هم من طبقة في التقنين المصري ، ويفضل في التقنين المصري . والتقنينان سواء في تفصيل المشتري الشفيح على شفعاء أدنى من طبقة ، وفي تفصيل الشفيح الأعلى من طبقة المشتري) .

التقنين المدني العراقي م ١١٣١ : ١ - إذا تزامن الشفعاء ، يكون استهلاك حق الشفعة بحسب الترتيب المبين في المادتين السابقتين . ٢ - وإذا تزامن الشفعاء من طبقة واحدة ، فالاستحقاق بالشفعة يكون بينهم على التساوي . إلا أنه فيما بين الخلطاء يقدم الأخص على الأعم ، فمن له حق شرب في الحزن المشتب من النهر الخاص يقدم على من له حق شرب في ذلك النهر ، ويقدم الخليط في حق الشرب على الخليط في حق المرور . (ويختلف التقنين العراقي هنا عن التقنين المصري في أنه إذا تزامن الشفعاء من طبقة واحدة كان استحقاق الشفعة بينهم على التساوي في التقنين العراقي ، ويقدر نصيب كل منهم في التقنين المصري . ووضع التقنين العراقي قاعدة خاصة في ترتيب الشفعاء إذا كانوا خلطاء) . م ١١٣٢ : إذا كان المشتري للعقار المشفوع قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شفيحاً ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقة أو من طبقة أدنى ، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى . (ويتفق التقنين العراقي في هذا الحكم مع التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٤٠ (مدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : إذا تزامن الشفعاء من فئات مختلفة ، يكون استهلاك حق الشفعة بحسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة - وإذا تزامن الشفعاء من فئة واحدة في الأحوال الأربعة الأولى المبينة في المادة السابقة ، فاستحقاق كل منهم لشفعة يكون على قدر نصيبه . وإذا تحمل أحدهم أو بعضهم من حقه استعمل الباتون هذا الحق بقدر نصيبهم أيضاً . وإذا تزامن الشفعاء من الفئة الخامسة ، قدم من تعلق على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره . وفي حال اختلاف مالكي طوائف البناء المتعددة ، قدم مالك الطابق الأرضي ، (ويختلف التقنين اللبناني عن التقنين المصري في أن القانون اللبناني ، بخلاف التقنين المصري ، أورد قاعدة لترتيب عند تزامن الجيران ، وأخر مالك الطابق عن الجار العادي وقدم مالك الطابق الأرضي على مالك الطابق العلوي عند التزامهم) .

م ٢٤١ (مدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : إذا توافرت في المشتري الشروط الواردة في المادة ٢٣٩ ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من فئة أو من فئة أدنى . (ويتفق القانون اللبناني في هذا الحكم مع التقنين المصري) .

جواز تفريق الصفقة على المشتري فيما قدمناه (١) . أما إذا تعدد الشفعاء وزاحم بعضهم بعضاً في طلب الشفعة . فهنا يفتح مجال البحث في الحالات المختلفة لتزاحم الشفعاء على الوجه المبين في المادة ٩٣٧ مدني سألقة الذكر .

١٩٤ - الحالات المختلفة لتزاحم الشفعاء : وقد أوردت المادة ٩٣٧ مدني المشار إليها حالات ثلاثاً لتزاحم الشفعاء :

(الحالة الأولى) تزاحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة (م ١/٩٣٧ مدني) .

(الحالة الثانية) تزاحم الشفعاء وهم من طبقة واحدة (م ٢/٩٣٧ مدني) . وهنا يعرض بحث عدم جواز تفرق الصفقة على المشتري .

(الحالة الثالثة) تزاحم الشفعاء مع المشتري وهو شفعاء مثلهم (م ٣/٩٣٧ مدني) . وهنا يجب بحث فروض ثلاثة : (١) تزاحم المشتري مع شفعاء أدنى من طبقته . (٢) تزاحم المشتري مع شفعاء من نفس طبقته . (٣) تزاحم المشتري مع شفعاء أعلى من طبقته .

١٩٥ - الحالة الأولى - تزاحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة : تنص الفقرة الأولى من المادة ٩٣٧ مدني : كما رأينا (٢) ، على أنه إذا تزاحم الشفعاء ، يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة . فإذا تزاحم الشفعاء . وكانوا من طبقات مختلفة يعلو بعضها بعضاً ، استحق الشفعة منهم من كان أعلاهم طبقة دون غيره من الطبقات الأدنى . وذلك بحسب الترتيب المبين في المادة ٩٣٦ وقد سبق ذكرها (٣) وبالرجوع إلى نص هذه المادة يتبين أن طبقات الشفعاء مرتبة على الوجه الآتي :

(١) في الطبقة الأولى مالك الرقبة ، عندما يشفع في حق الانتفاع . فإذا كان هناك عقار قدرتب عليه حق انتفاع لمصلحة شخصين في الشيوع ، وباع

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٦٩

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٩٣

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٧٩ .

أحد صاحبي حق الانتفاع حصته ، كان الشفعاء في هذه الحصة هم مالك الرقة ، ثم صاحب حق الانتفاع الآخر باعتباره شريكا في الشيوع في حق الانتفاع الذي يبيع بعضه ، ثم الحار الملاصق للعقار الذي رتب عليه حق الانتفاع إذا كان في حالة من الأحوال الثلاث التي يشفع فيها الحار (١) . فإذا تقدم هؤلاء الشفعاء جميعا للأخذ بالشفعة . فضل مالك الرقة لأنه في الطبقة الأولى من الشفعاء ، واستقل وحده في الأخذ بالشفعة . ويليه الشريك في الشيوع في حق الانتفاع ، ثم الحار .

(٢) في الطبقة الثانية الشريك في الشيوع . إذا بيعت حصة شائعة غير التي يملكها لأجنبي . والمراد بالشريك في الشيوع هنا . ليس فحسب الشريك في عقار مملوك ملكا تاما لعدد من الشركاء في الشيوع ، بل أيضا الشريك في الشيوع في رقة العقار أو في حق انتفاع في عقار أو في حق حكر . فإذا كان هناك عقار مملوك لشخصين على الشيوع ، وباع أحد الشريكين حصته الشائعة لأجنبي ، كان الشفعان في هذه الحصة هما الشريك الآخر والحار . ولما كان الشريك الآخر في الشيوع وهو في الطبقة الثانية يتقدم على الحار ، كان هو الذي يأخذ بالشفعة دون الحار (٢) . وإذا كان هناك عقار يملكه شخصان على الشيوع ، وقد رتبا عليه حق انتفاع فأصبحا يملكان الرقة في الشيوع ، وباع أحدهما حصته الشائعة في الرقة لأجنبي ، كان الشفعاء في هذه الحصة هم الشريك المشتاع الآخر في الرقة وصاحب حق الانتفاع والحار . ولما كان الشريك المشتاع الآخر في الرقة هو شريك في الشيوع فهو في الطبقة الثانية ، ويتقدم على كل من صاحب حق الانتفاع والحار ، فهو وحده الذي يأخذ بالشفعة دون الاثنين الآخرين .

وقد كان الأمر على العكس من ذلك في المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٣٦ مدني ، فقد كان صاحب حق الانتفاع في هذا المشروع يتقدم على

(١) قارن شفيق شحاتة فقرة ٢٤٧ وفقرة ٢٥٠ - عيد المنم البراوى فقرة ٤٢٤ ص ٤٥٤ - إسماعيل غانم ص ٧٢ - عيد المنم فرج الصلة فقرة ٢٨٨ ص ٤٢٤ : حيث يذهبون إلى أن الحار المالك لا يشفع في حق الانتفاع .

(٢) أسيوط الكلية ١٠ يونيو سنة ١٩٥٠ أهمامة ٣١ رقم ١٤١ ص ٣٧٧ .

الشريك في الشروع ^(١) . ثم انعكس الترتيب في لجنة المراجعة ، فأصبح الشريك في الشروع ، في المشروع النهائي وفيما تلاه من المشروعات إلى أن استقرت تقنيننا كما رأينا ، هو الذي يتقدم على صاحب حق الانتفاع . ولو أخذنا بحكم المشروع التمهيدى في المثل المتقدم ، لتأخر الشريك المشتاع الآخر في الرقة عن صاحب حق الانتفاع ، ولتقدم هذا الأخير على هذا الشريك المشتاع وعلى الجار ، فأخذ وحده دونهما الحصة الشائعة التي بيعت في الرقة .

(٣) في الطبقة الثالثة صاحب حق الانتفاع ، عندما يشفع في الرقة . فإذا كان هناك عقار مملوك لشخص وقد رتب عليه حق انتفاع فأصبح مالكا للرقة وحدها ، ثم باع الرقة ، فالشفيعان في الرقة هما صاحب حق الانتفاع والجار . ولما كان صاحب حق الانتفاع في الطبقة الثالثة ويتقدم على الجار ، فانه هو وحده الذي يأخذ بالشفعة دون الجار .

(٤) في الطبقة الرابعة صاحب الرقة عندما يشفع في حق الحكر ، أو صاحب حق الحكر عندما يشفع في الرقة . فإذا كان هناك عقار رتب عليه صاحبه حق حكر ، ثم باع صاحب حق الحكر حقه ، فالشفيعان في هذا الحق هما صاحبا الرقة والجار . ولما كان صاحب الرقة هنا في الطبقة الرابعة ويتقدم على الجار ، فانه هو وحده دون الجار الذي يأخذ حق الحكر بالشفعة . ولو أن صاحب الرقة هو الذي باع الرقة ، فان الشفيعين في هذه الرقة يكونان هما

(١) وقد جرت مناقشات طويلة في لجنة الأستاذ كامل صدق في شأن تقديم صاحب حق الانتفاع على الشريك في الشروع . في جلسة ١٨ يونيو سنة ١٩٣٧ ، تناقش الأعضاء طويلا في هذه المسألة ، وانتهت المناقشة بأن اتخذ قرار بالأغلبية بتقديم الشريك في الشروع على صاحب حق الانتفاع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٢ - ص ٣٦٥ في المالحش) . ثم أعادت اللجنة ، في جلسة ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٧ ، المناقشة في المسألة ، وانتهت إلى قرار عكس القرار السابق يجعل صاحب حق الانتفاع في المرتبة الثانية متقدماً على الشريك في الشروع الذي جعلت في المرتبة الثالثة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٨٦ - ص ٣٨٧ في المالحش) . وعلى هذا الوجه تقدم المشروع التمهيدى إلى لجنة المراجعة ، فمكست هذه اللجنة الترتيب وعاادت إلى الترتيب الأول ، إذ جعلت الشريك في الشروع في المرتبة الثانية متقدماً على صاحب حق الانتفاع الذي جعلت في المرتبة الثالثة . واستقر المشروع على ذلك في سائر مراجعته التشريعية ، إلى أن أصبح تقنيناً . أنظر آنفاً فقرة ١٧٩ في المالحش .

صاحب حق الحكر والجار . ولما كان صاحب حق الحكر في المرتبة الرابعة ويتقدم هو أيضا على الجار ، فانه هو وحده دون الجار الذى يأخذ الرقبة بالشفعة .

(٥) في الطبقة الخامسة والأخيرة الجار المالك ، وهو أدنى الشفعاء طبقة . فإذا كان هناك عقار مملوك ملكا تاما لشخص واحد وباعه ، ففي هذا الفرض لا يوجد مالك رقبة ولا شريك في الشيوع ولا صاحب حق انتفاع ، وليس العقار محكرا حتى يكون هناك مالك رقبة وصاحب حق حكر . ومن ثم لا يوجد إلا شفيع واحد هو الجار ، فله حينئذ أن يأخذ بالشفعة . وهذا الفرض هو الذى يكثر وقوعه في العمل (١) .

١٩٦ - الحارة الثانية - تزامم الشفعاء وهم من طبقة واحدة :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٣٧ مدنى ، كما رأينا (٢) ، على ما يأتى : « وإذا تزامم الشفعاء من طبقة واحدة ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه » . والمفروض هنا أن الشفعاء الذين هم من طبقة أعلى قد فضلوا على من هم دونهم طبقة من الشفعاء على النحو الذى بيناه فيما تقدم ، وطلب أصحاب الطبقة الأعلى وحدهم الأخذ بالشفعة .

فإذا كانوا من الطبقة الأولى ، وهم ملاك الرقبة يشفعون في حق الانتفاع ، وكانوا ثلاثة مثلا لأحدهم نصف الرقبة في الشيوع وللثاني الثلث وللثالث

(١) هذا وإذا اعتبرنا مالك الطبقة في البناء متعدد الطبقات شفعيا بحكم الجوار ، فإنه يأتى في الطبقة الخامسة كسائر الجيران . ويبدو أنه إذا تزامم مع جار جازى عادى ، فإنه يقدم عليه كما سئى ، لأن الشفعة تعود على ملكه بمنزلة أكبر مما تعود على ملك الجار العادى . وإذا بيعت إحدى طبقات الدار ، فتزامم على أخذها بالشفعة صاحب الطبقة الأعلى مباشرة وصاحب الطبقة الأسفل مباشرة ، فإنه يبدو أن صاحب الطبقة الأعلى مباشرة هو الذى يقدم ، لأن له مصلحة أكبر في الأخذ بالشفعة كما سئى .

أما إذا اعتبرنا مالك الطبقة شفعيا بحكم الشركة الشائعة في أرض البناء ، فإنه يملو إلى طبقة الشريك في الشيوع ، أى إلى الطبقة الثانية ، ويتفاضل ملاك الطبقات فيما بينهم إذا تزامموا كما يتفاضل سائر الشركاء في الشيوع كما سئى .

أنظر آتفاً فقرة ١٨٥ في آخرها .

(٢) أنظر آتفاً فقرة ١٩٣ .

السدس ، اقتسموا حق الانتفاع الذى تقدموا لأخذه بالشفعة فيما بينهم بنسبة نصيب كل منهم فى ملكية الرقة . وعلى ذلك يأخذ الأول بالشفعة نصف حق الانتفاع ، والثانى الثلث ، والثالث السدس .

وإذا كانوا من الطبقة الثانية ، وهم الشركاء فى الشيوخ ، فإذا كان هناك عقار يملكه أربعة مثلا على الشيوخ ، لأحدهم النصف وقد باعه لأجنبى ، ولكل من الثلاثة الآخرين السدس ، فإن هؤلاء الثلاثة يقتسمون فيما بينهم النصف المبيع من العقار الذى أخذوه بالشفعة ، بالتساوى فيما بينهم لكل منهم السدس . فيصبح العقار ، بعد الأخذ بالشفعة ، مملوكا لهؤلاء الثلاثة على الشيوخ ، بالتساوى فيما بينهم لكل منهم الثلث . وقل مثل هذا فيما إذا كان الشفعاء شركاء فى الشيوخ فى الرقة ، ويشفعون فى حصة شائعة فى الرقة باعها أحدهم . وكذلك الحكم فيما إذا كان الشفعاء شركاء فى الشيوخ فى حق الانتفاع ، ويشفعون فى حصة شائعة فى حق الانتفاع باعها أحدهم . وإذا اعتبرنا ملاك الطبقات شفعاء بوصفهم شركاء فى الشيوخ فى الأرض المقام عليها البناء ، فإنهم يأخذون جميعا بالشفعة الطبقة المبيعة ، ويصبحون ملاكها على الشيوخ بنسبة نصيب كل منهم فى الأرض الشائعة المقام عليها البناء .

وإذا كان الشفعاء من الطبقة الثالثة ، وهم أصحاب حق الانتفاع يشفعون فى الرقة ، وكان اثنان مثلا يملكان حق الانتفاع على الشيوخ لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث ، ويبيع الرقة ، فإن صاحبي حق الانتفاع يأخذانها بالشفعة بنسبة نصيب كل منهما فى حق الانتفاع ، فيصبح الأول مالكا للعقار فى الشيوخ ملكية تامة بمقدار الثلثين ، ويصبح الآخر مالكا فى الشيوخ ملكية تامة بمقدار الثلث .

وإذا كان الشفعاء من الطبقة الرابعة ، وكان لرقبة الأرض المحكرة مالكان فى الشيوخ مثلا يملكانها بالتساوى ، ويبيع حق المحكر ، اقتسماه عند أخذه بالشفعة بالتساوى فيما بينهما . وكذلك لو كان حق المحكر لاثنين مثلا يملكانه على الشيوخ بالتساوى ، ويبيع الرقة ، اقتسماهما عند أخذهما بالشفعة بالتساوى فيما بينهما ،

وإذا كان الشفعاء من الطبقة الخامسة والأخيرة ، وهم الجيران ويدخل فيهم ملاك الطبقات على رأى الغالب ، فللمفاضلة فيما بينهم إذا تراخوا قاعدة أخرى سيأتى بيانها فيما يلى (١) .

ونحن نفرض فى كل ما تقدم أن الشفعاء من الطبقة الأعلى (٢) قد تقدموا جميعا للأخذ بالشفعة (٣) ، فاقسموا العقار المشفوع فيه ، كل منهم بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به . ولكنهم قد لا يتقدمون جميعا للأخذ بالشفعة ، بل يتقدم بعضهم دون بعض ، أو يتقدم واحد منهم فقط ، فعند ذلك تثار مسألة هامة هى مسألة عدم تفرق الصفقة عند تعدد الشفعاء من الطبقة الواحدة ، فنعرض لها فيما يلى .

١٩٧ - عدم تفرق الصفقة عند تعدد الشفعاء من الطبقة الواحدة :
إذا تعدد الشفعاء من الطبقة الواحدة ، وكانت هذه الطبقة هى الطبقة الأعلى التى لها الأخذ بالشفعة ، فإن كل شفيع منهم يجب أن يطلب الشفعة فى كل العقار المشفوع فيه ، ولا يقتصر على طلب جزء من هذا العقار بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به . ذلك أن هناك احتمالا فى ألا يطلب الشفعة إلا بعض الشفعاء دون بعض أو ألا يطلبها أحد غيره ، فإذا اقتصر على طلب الشفعة فى جزء من العقار المشفوع فيه بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به . فإن الصفقة تتجزأ على المشترى ، ومن حقه ألا تتجزأ عليه الصفقة . كذلك هناك احتمال ، حتى لو طلب الشفعة جميع الشفعاء ، أن يسقط طلب أحدهم أو بعضهم لسبب يتعلق بالمواعيد أو غيرها من إجراءات الشفعة ، فتتفرق الصفقة على المشترى . لذلك يجب على كل شفيع أن يطلب الشفعة فى جميع العقار المشفوع فيه كما قدمنا ، فإذا طلبوا الشفعة جميعا ولم يسقط طلب أى منهم ، قسم عليهم العقار المشفوع فيه كل بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به على الوجه الذى سبق بيانه . وإذا طلب الشفعة بعضهم دون بعض ، أو طلب الجميع ولكن سقط طلب بعضهم ،

(١) أنظر فقرة ١٩٨ .

(٢) فيما عدا الجيران فهم فى الطبقة الأخيرة ، فإذا لم توجد طبقة من الشفعاء أهل منهم ، أو وجدت ولكنها لم تقدم للأخذ بالشفعة ، فالجيران فى هذه الحالة يكونون هم الشفعاء .

(٣) أو تقدم للأخذ بالشفعة طبقه أدنى لأن الطبقة الأعلى لم تقدم .

فإن العقار المشفوع فيه كله يقسم على الشفعاء الذين تقدموا أو الذين صح طلبهم ، كل بنسبة نصيبه في العقار المشفوع به . وإذا انفرد واحد من هؤلاء الشفعاء بطلب الشفعة ، أو لم يصح إلا طلب واحد منهم فقط ، فإن هذا الشفعي الواحد يأخذ بالشفعة كل العقار المشفوع فيه . وهكذا لا تنفرد الصفقة على المشتري ، في أي فرض من هذه الفروض (١) . فإذا كان هناك ثلاثة من الشفعاء من طبقة واحدة يستحقون الأخذ بالشفعة ، وجب على كل منهم أن يطلب الشفعة في كل العقار المشفوع فيه ، فاما أن يأخذ العقار كله إذا انفرد ، أو يأخذ بعضه بالنسبة التي سبق بيانها إذا اشترك معه غيره ، وفي جميع الأحوال يأخذ من صح طلبه من الشفعاء الثلاثة كل العقار المشفوع فيه ، فلا تنفرد الصفقة على المشتري . وإذا كان لا يجوز تفريق الصفقة على المشتري ، فإنه لا يجوز أيضا للمشتري إجبار الشفعي على أن يقتصر في الأخذ بالشفعة على مقدار نصيبه بدعوى أن عدم تفريق الصفقة إنما تقررت لمصلحة المشتري وحده . ذلك بأن عدم تفريق الصفقة تقرر لمصلحة الشفعي أيضا ، فهو يأخذ بالشفعة لإخراج المشتري من الصفقة ، فإذا اقتصر على مقدار نصيبه ، ولم يطلب الشفعاء الآخرون الشفعة أو سقط طلبهم ، بقي المشتري داخلا في الصفقة بمقدار نصيب هؤلاء الشفعاء الآخرين ، وهذا ما يحق للشفعي أن يتفاداه . والقاعدة التي قررناها من وجوب أن يطلب الشفعي الشفعة في كل العقار المشفوع فيه لا تنطبق فحسب في حالة وجود طبقة واحدة من الشفعاء تستحق الأخذ بالشفعة ، بل تنطبق أيضا في حالة وجود طبقات متعددة . فأى شفعي من أية طبقة يجب أن يطلب الشفعة في كل العقار المشفوع فيه ، لاحتمال ألا يطلب الشفعة أحد من الطبقات التي هي أعلى منه ، ولا أحد من الشفعاء الذين هم في طبقته . وتنطبق القاعدة أيضا على الطبقة الدنيا من الشفعاء وهم الجيران ، فأى جار يريد الأخذ بالشفعة يجب أن يطلبها في كل العقار المشفوع فيه ، حتى

(١) وقد نصت المادة ١١٣٦ مدني عراق على أنه ١ - يجب أن يطلب الشفعي كل المشفوع ولتعدد الشفعاء المستحقون للشفعة . وإذا أسقط شفعي حقه في الشفعة قبل الحكم أو التراضي ، سقط حقه ويأخذ الشفعاء الآخرون كل المشفوع ، وإن أسقط شفعي حقه بعد الحكم أو التراضي فلا يسقط . ٢ - وليس لأحد من الشفعاء أن ينزل من حقه لأجنبي أو لشفعي آخر ، فإن فعل سقط حقه .

لو وجد من الجيران من هم أحق بالشفعة منه ، لاحتمال ألا يطلب أحد من هؤلاء الأخذ بالشفعة .

وإذا كان شفيعان ، طلب أحدهما الشفعة في بعض العقار المشفوع فيه ، وطلبها الآخر في كل العقار ، أخذ الشفيع الثاني دون الشفيع الأول كل العقار بالشفعة ^(١) . وإذا طلب شفيع الشفعة في بعض العقار المشفوع فيه ، لم يصح طلبه ، ولا يجوز له بعد ذلك أن يطلب الشفعة في كل العقار المشفوع فيه إذا كانت المواعيد قد انقضت ^(٢) .

١٩٨ - التزام فيما بين الجيران عند تعددهم : بقى أن نواجه حالة التزام فيما بين الجيران عند تعددهم . ذلك أن القاعدة التي تقضى بأن يقتسم الشفعاء عند تعددهم العقار المشفوع فيه كل بنسبة نصيبه في العقار المشفوع به لا تنطبق هنا ، إذ أن الجيران يختلفون عن غيرهم من الشفعاء في أنهم لا يشتركون جميعا في عقار مشفوع به واحد . فلكل جار عقاره الذي يشفع به ، لا يشترك فيه معه غيره من الجيران الآخرين . والذي يجب أن يأخذ بالشفعة من الجيران ، إذا تعددوا وتزاحموا على الأخذ بها ، هو جار واحد ، وهو الجار الذي تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره . وقد كان هذا هو الحكم الذي نص عليه صراحة قانون الشفعة السابق ، فقد نصت المادة ٧ (رابعا) من هذا القانون على ما يأتي : « وإذا تعدد الجيران ، يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره » . وقد ورد هذا النص نفسه في المشروع التمهيدى للمادة ٩٣٧ من التقنين المدني الجديد ، عندما جعل هذا المشروع الجوار سببا من أسباب الأخذ بالشفعة . ولكن عندما حذف الجوار كسبب للأخذ بالشفعة في المشروع النهائي ، حذف النص مع سائر النصوص التي تتعلق بالجوار . ولما أعيد الجوار ضمن أسباب الشفعة في مجلس النواب ، سبى على هذا المجلس أن يعيد النص كما كان ، واقتصر على إيراد الجوار كسبب للأخذ بالشفعة ، دون أن ينص على أنه عند تزام الجيران يقدم منهم من تعود

(١) حتى لو كان الشفيع الأول أعلى طبقة من الشفيع الثاني .

(٢) ملوى ٨ يناير سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٩٣ ص ١٣٣ .

على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره . وبقيت المادة ٩٣٧ مدني خلوا من هذا النص عندما عرضت على مجلس الشيوخ ، وقد سهى على هذا المجلس أيضا أن يعيد النص . فخرج التقيين المدني في المادة ٩٣٧ منه على الوجه الذي خرج به ، خاليا من هذا النص ^(١) .

ولما كانت المادة ٢/٩٣٧ مدني ، على الوجه الذي استقرت عليه ، تجعل استحقاق كل شافع ، عند تعدد الشفعاء من طبقة واحدة ، « بقدر نصيبه » . وهذه القاعدة لا يمكن انطباقها في حالة تعدد الجيران وتزاحمهم لأنهم لا يشفعون بعقار واحد كما قدمنا حتى يأخذ كل منهم الشفعة بنسبة نصيبه في هذا العقار ، فقد وجب الرجوع إلى القاعدة القديمة التي نضمها قانون الشفعة السابق وتضمنها المشروع التمهيدى للمادة ٩٣٧ مدني ، باعتبارها عرفا مستقرا جرى عليه العمل ولم يكن إغفالها إلا لجرد السهو ، وهي على كل حال الحكم العادل عند سكوت النص . فيقضى بالشفعة ، إذا تعدد الجيران وتزاحوا ، للجار الذي تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره من الجيران الآخرين ^(٢) .

(١) أنظر في هذا آنفاً فقرة ١٩٣ في الهامش .

(٢) ولتفصيل جار على جار ، يراعى موقع كل منبأ . وتخصيصه ، وضرورة توسيمه (استئناف مخطط ١٦ يونيه سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٣١) ، ولا يدخل في الاعتبار ما يجنيه الشافع من فوائد شخصية (استئناف مخطط ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٦٩ - ١٢ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٧٩) . وقد قضت محكمة النقض بأن العبرة في مجال المفاضلة بين الجيران المتزاحمين في طلب الشفعة إنما هي بالمنفعة التي تعود من الأخذ بالشفعة على ملك كل منهم المشفوع به ، دون اعتداد بالمنفعة التي تعود على ملك كسبه أحدهم بعد البيع أساس الشفعة ، ودون اعتبار للفوائد التي قد تعود على الشافع شخصياً من الأخذ بالشفعة (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٥ - ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٧٠ ص ٤٠٧) .

وأنظر في وجوب الأخذ بالقاعدة القديمة بالرغم من إغفالها سهواً : محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٥٠ ص ٤٣٧ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٢٥ - إسماعيل غانم ص ٧٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩١ ص ٤٢٧ - حسن كيرة ص ١٠ - وقارن محمد كامل مرسى فقرة ٢٧٢ ص ٢٦٩ هامش ١ - عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٦٣ ص ٣٦٩ - شفيق شحاتة فقرة ٢٥٢ ص ٢٦٦ هامش ١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٧ ص ٣٢٨ - ص ٣٢٩ (ومن رأيه معاملة الجيران المتزاحمين معاملة واحدة ، ويكون ذلك بتقسيم العقار المشفوع فيه بينهم بالتساوى) .

وعلى ذلك إذا تراحم جاران في أخذ أرض معدة للبناء بالشفعة ، وكان عقار أحدهما ملصقا للأرض المشفوع فيها ولها في الوقت ذاته حق ارتفاق عليها كحق مطل أو حق مرور ، وكان عقار الجار الآخر ملصقا للأرض المشفوع فيها ولا شيء غير ذلك ، فضل الجار الأول وأخذ وحده الأرض بالشفعة ، لأن عقاره أكثر اتصالا بالعقار المشفوع فيه ، فتعود الشفعة على عقاره بمنفعة أكبر .

وإذا تراحم جاران في أخذ أرض زراعية بالشفعة ، وكانت أرض أحدهما ملصقة للأرض المشفوع فيها من ثلاث جهات ، وكانت أرض الجار الآخر ملصقة للأرض المشفوع فيها من جهتين اثنتين فقط ، فضل الجار الأول وأخذ وحده الأرض بالشفعة ، لأن أرضه أكثر اتصالا بالأرض المشفوع فيها ، فتعود الشفعة على أرضه بمنفعة أكبر . أما إذا كانت أرض الجار الثاني ملصقة للأرض المشفوع فيها من جهتين وعليها في الوقت ذاته حق ارتفاق لمصلحة الأرض المشفوع فيها ، فيغلب أن يقدم الجار الثاني على الجار الأول ، لأن الملاصقة من جهتين مع قيام حق ارتفاق تجعل أرض الجار الثاني في الغالب أكثر اتصالا بالأرض المشفوع فيها من أرض الجار الأول الملاصقة للأرض المشفوع فيها من ثلاث جهات ، فيأخذ الجار الثاني وحده الأرض المشفوع فيها ^(١) . على أن ذلك يجب أن يكون محلا لتقدير قاضي الموضوع ،

(١) وقد قضى بأنه إذا تراحم جاران لكل منهما حق ارتفاق بالرى على الأرض المشفوع فيها ، ولكن أحد الجارين مجاور من جهة واحدة في حين أن الجار الآخر من جهتين ، فضل الجار الآخر المجاور من جهتين (استئناف مخطط ١٠ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٧١) . وإذا كان عقار كل من الجارين مثقلا بحق ارتفاق لمصلحة العقار المشفوع فيه ، فضل من كان حق ارتفاعه أشد عبثاً (استئناف مخطط ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٠٠) . وقضى بتفضيل الجار مالك العقار الأصغر ، لأنه إذا ضم العقار المشفوع فيه حصل على منفعة أكبر (استئناف مخطط ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٠٤ - ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٦٩ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٣) . وانظر أيضاً في تفضيل الجار الذي تعود عليه منفعة أكبر : استئناف مخطط ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٥٩ - ١٠ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٥٠ (تفضيل الجار الذي يملك وحده العقار المشفوع به على الجار الذي لا يملك العقار المشفوع به إلا على الشيوع) - ١٠ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٤ . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يستبعد من بين الجيران المتزاحمين في الأخذ بالشفعة الجار الذي تمرر إعدال عقاره الذي يشفع به في طريق عام صدر مرسوم به (استئناف مخطط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٠) .

فاذا قدر أن الملاصقة من ثلاث جهات في حالة بعينها تجعل الاتصال أوثق ، كان له أن يقضي بالشفعة الجار الأول وحده (١) .

وإذا اعتبرنا مالك الطبقة من الدار جاراً ملاصقاً للطبقة التي تحته وللطبقة التي فوقه كما هو الرأي الراجح ، وزاحمه جار عادي ، فإنه يفضل على الجار العادي ، لأن طبقته أكثر اتصالاً بالطبقة المبيعة من عقار الجار العادي . أما إذا بيعت طبقة من الدار وتزاحم على أخذها بالشفعة مالك الطبقة الأعلى مباشرة ومالك الطبقة الأسفل مباشرة ، فالغالب تفضيل مالك الطبقة الأعلى ، فيأخذ وحده الطبقة المتوسطة بالشفعة . على أن المسألة متروكة لتقدير قاضي الموضوع ، فقد يرى ، من موقع كل من الطبقتين بالنسبة إلى الطبقة المتوسطة ومن الظروف الأخرى المحيطة بالبناء ، تفضيل مالك الطبقة الأسفل ، فيأخذ هذا وحده الطبقة المبيعة بالشفعة .

وهناك خلاف في الرأي ، فيما إذا لم يتيسر تعيين من من الجيران المتراحين تعود الشفعة عليه بمنفعة أكبر ، بحيث يبدو أن الكل يتساوون في المنفعة . فرأى يذهب إلى أن العقار المشفوع فيه يقسم في هذه الحالة بين الجيران المتراحين بالتساوي فيما بينهم ، ما دام أن أحداً منهم لا يرجح الآخرين في المنفعة التي تعود عليه من الشفعة ، فلا يجوز لأحد أن يستأثر بها ، كما لا يجوز حرمان الجميع منها ، وهذا هو الحكم المقرر في الفقه الإسلامي (٢) . ويذهب رأي آخر إلى أنه لا يجوز تقسيم العقار المشفوع فيه بين الجيران ، والتقسيم لا يكون إلا بين الشفعاء الآخرين غير الجيران بحسب صريح النص إذ يقسم العقار المشفوع فيه بين هؤلاء الشفعاء الآخرين بنسبة نصيب كل منهم في العقار

(١) استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٧ - ٤٨٨ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى: «أما إذا تزاحم الجيران في الأخذ بالشفعة ، فإن الذي يقدم بينهم هو من تعود على ملكه منفعة أكثر من غيره ، ويترك هذا لتقدير القاضي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٢) .

(٢) استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٧ - ٤٨٨ - المنصورة الكلية ١٤ مايو سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١١٩ - استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٠٥ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٥٠ ص ٤٣٦ وص ٤٣٧ - ٤٣٨ - ومن الفقهاء من يذهب إلى أن التقسيم ما بين الجيران يكون بنسبة ما يملك كل منهم من عقار مشفوع به (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩١ ص ٤٢٨) .

المشفوع به ، أما الجيران فلم يرد في شأنهم نص مماثل ، بل ورد النص (في قانون الشفعة السابق) بوجوب تفضيل من تعود عليه من الأخذ بالشفعة منفعة أكبر . وقد رجعت محكمة الاستئناف المختلطة إلى هذا الرأي ، إذ قضت بأن قسمة العقار المشفوع فيه التي كانت مقررة في الشريعة الإسلامية قد ألغاهها قانون الشفعة الذي يقدم في حالة التراحم الجار الذي تعود على عقاره منفعة أكبر من غيره ، ولا يقرر القسمة إلا في حالة التراحم بين ملاك الرقبة أو الشركاء في الملك أو أصحاب حق الانتفاع ^(١) . والذي نراه أنه عندما تقرر تفضيل الجار الذي تعود الشفعة على ملكه بمنفعة أكبر ، افترض في ذلك أنه يمكن دائماً ، إذا تراحم الجيران الشفعاء ، تعيين جار واحد منهم ينتفع بالشفعة أكثر من غيره ، وهذا الجار هو الذي يأخذ وحده بالشفعة ولا يزاحمه فيها الجيران الآخرون . وما دامت المسألة متروكة إلى تقدير قاضي الموضوع ، فإن القاضي سيجد دائماً في ظروف الدعوى ، وموقع العقارات ، واتصال العقار المشفوع به بالعقار المشفوع فيه ، والحاجات المتنوعة للعقار المشفوع به ، وافتياره في بعض الأحيان إلى توسيع رقعته أو زيادة مراقبه أو تيسير اتصاله بطريق عام أو ترعة عامة أو مصرف عام ، وما إلى ذلك ، مبرراً لتقديم جار على جار ، وإثبات أحد الجيران المترشحين دون غيره في الأخذ بالشفعة .

١٩٩ - الحارة الثالثة - تراحم الشفعاء مع المشتري وهو سفيح منهم -

تراحم مع شفعاء أدنى من طبقة : تنص الفقرة الثالثة من المادة ٩٣٧ مدني ، كما رأينا ^(٢) ، على ما يأتي : « فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفعياً بمقتضى نص المادة السابقة ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم . . من طبقة أدنى . . » والنص يفترض أن المشتري نفسه قد توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذي اشتراه ،

(١) استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٥٩ - وانظر محمد كامل مرسى

في الشفعة ص ١٤٣ .

(٢) أنظر آتفاً فقرة ١٩٣ .

ويتقدم لأخذ العقار منه بالشفعة شفيح أدنى منه طبقة (١) .

فهو إما مالك الرقة في عقار تقسم فيه حق الانتفاع بين شريكين في الشيوع ، وقد اشترى حصة أحد الشريكين في حق الانتفاع . فإذا تقدم للأخذ بالشفعة صاحب الحصة الأخرى في حق الانتفاع باعتباره شريكا في الشيوع ، أو تقدم الجار للأخذ بها ، لم يجز لأى منهما الأخذ بالشفعة . ذلك أنه لو كان المشتري شخصا آخر غير مالك الرقة ، لكان مالك الرقة نفسه شفيحا في الطبقة الأولى من الشفعاء . ولو زاحمه في الأخذ بالشفعة صاحب الحصة الأخرى في حق الانتفاع باعتباره شريكا في الشيوع في الطبقة الثانية بين الشفعاء ، أو زاحمه الجار وهو في الطبقة الخامسة والأخيرة بين الشفعاء ، لفصل على كل منهما باعتباره أعلى طبقة ، ولأخذ وحده دونهما بالشفعة الحصة الشائعة المبيعة في حق الانتفاع . فإذا كان هو الذى اشتراها ، فإنه من باب أولى يفضل على كل من الشفيحين الآخرين اللذين هما أدنى منه طبقة . وعلى ذلك لا يجوز لأحد من هذين أن يأخذ بالشفعة عقارا اشتراه شفيح أعلى منه طبقة :

(١) ووضح أن المشتري يكون قد توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة وقت أن اشترى ، حتى لو فقد هذه الشروط أو بعضها بعد الشراء ، كأن كان شريكا في الشيوع في بناء واشترى البناء الملائق ، ثم انقسم بعد ذلك البناء الذى يملك فيه حصة شائعة وكان نصيبه المفضل لا يلاصق البناء الذى اشتراه . وما دام المشتري الشفيح قد اشترى العقار المشفوع فيه ، فليس به حاجة إلى اتباع إجراءات الشفعة ، لأنه إنما يملك العقار بطريق الشراء لا بطريق الشفعة ، ولأنه لا يوجد بيع يشفع فيه ، ولا يجل محل مشتر غيره إذ أنه هو المشتري نفسه (استئناف مغلط ١٠ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٧٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٧٥ - عبد المنعم الهداوى فقرة ٤٢٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٢ ص ٤٣٠ - ص ٤٣١) .

وإذا كان مستاعفاً أن يقال إن الحالة التى يكون فيها المشتري شفيحا ليست حالة تزام بين الشفعاء ، لأن التزامهما إنما يكون بين أكثر من شفيح ، لا بين شفيح ومشتري ولو كان المشتري تثبت له صفة الشفيح (انظر في هذا المعنى منصور مصطفى منصور فقرة ١٤١ ص ٣٣٧ هامش ٢) ، إلا أنه قد لوحظ عند إيراد هذه الحالة بين حالات تزام الشفعاء أن المشتري هو أيضاً شفيح يزاحمه شفعاء آخرون ، فيتقدم عليهم إذا كانوا من طبقته أو من طبقة أدنى ، ويتقدمون عليه إذا كانوا أعلى منه طبقة ، فلا يخلو الأمر من معنى المزاحمة . ومهما يكن من أمر ، فإن تقريب هذه الحالة من حالات تزام الشفعاء مستساغ من الناحية العملية على الأقل .

وقد يكون المشتري هو أحد شريكين لعقار شائع بينهما ، وقد اشترى حصة الشريك الآخر . فإذا تقدم الحار لأخذ الحصة المبيعة بالشفعة ، لم يكن هذا جائزا . ذلك أنه لو كان المشتري شخصا آخر غير الشريك في الشروع ، لكان الشريك في الشروع نفسه شفعيا في الطبقة الثانية بين الشفعاء . ولو زاحمه في الأخذ بالشفعة الحار وهو في الطبقة الخامسة والأخيرة ، لفضل عليه باعتباره أعلى طبقة ، ولأخذ وحده دون الحار الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة . فإذا كان هو الذي اشتراها ، فإنه من باب أولى يفضل على الحار ؛ وعلى هذا لا يجوز لهذا الأخير أن يأخذ بالشفعة عقارا اشتراه شفع هو أعلى منه طبقة .

وقد يكون المشتري هو صاحب حق الانتفاع في عقار ، وقد اشترى الرقبة من صاحبها . فإذا تقدم الحار لأخذ الرقبة بالشفعة ، لم يكن هذا جائزا . ذلك أنه لو كان المشتري شخصا آخر غير صاحب الانتفاع ، لكان صاحب حق الانتفاع نفسه شفعيا في الطبقة الثالثة بين الشفعاء . ولو زاحمه الحار وهو في الطبقة الخامسة والأخيرة ، لفضل عليه باعتباره أعلى طبقة ، ولأخذ وحده دون الحار الرقبة المبيعة بالشفعة . فإذا كان هو الذي اشتراها ، فإنه من باب أولى يفضل على الحار . ومن ثم لا يجوز لهذا الأخير أن يأخذ بالشفعة عقارا اشتراه شفع هو أعلى منه طبقة .

وقد يكون المشتري هو صاحب الرقبة في أرض محكرة وقد اشترى حق الحكر ، أو يكون هو صاحب حق الحكر وقد اشترى الرقبة . ففي الحالين إذا تقدم الحار لأخذ حق الحكر أو الرقبة بالشفعة ، لم يكن هذا جائزا . ذلك لأنه لو كان الذي اشترى حق الحكر أو الرقبة شخصا آخر غير صاحب الرقبة أو صاحب الحكر ، لكان صاحب الرقبة أو صاحب الحكر نفسه شفعيا في الطبقة الرابعة بين الشفعاء . ولو زاحمه الحار وهو في الطبقة الخامسة والأخيرة لفضل عليه باعتباره أعلى طبقة ، ولأخذ بالشفعة دونه الحكر أو الرقبة . فإذا كان هو الذي اشترى الحكر أو الرقبة ، فإنه من باب أولى يفضل على الحار ، فلا يجوز للحار أن يأخذ بالشفعة عقارا اشتراه شفع هو أعلى منه طبقة .

٢٠٠ - نزام المشتري مع شفعا من نفس طبقة : تنص الفقرة الثالثة من المادة ٩٣٧ مدني ، كما رأينا (١) ، على ما يأتي : « فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفعيا بمقتضى نص المادة السابقة ، فإنه يفضل على الشفعا الذين هم من طبقته . . . » والنص يفترض أن المشتري نفسه قد توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذي اشتراه ، ويتقدم لأخذ العقار منه بالشفعة شفيع من نفس طبقته .

وهذه المسألة ، قبل أن يبت فيها التقنين المدني الجديد بنص صريح كما رأينا ، كانت من بين المسائل التي اشد فيها الخلاف وانقسم فيها كل من الفقه والقضاء . ونعرض في إيجاز خلاصة لهذا الخلاف بعد أن أصبح في ذمة التاريخ منذ أن حسم بالنص الصريح كما قدمنا . فقد كان التقنين المدني المختلط السابق يحتوي نصا لا يخلو من الغموض هو نص المادة ٩٥ من هذا التقنين ، ويقضى بجواز أن يأخذ الشريك في الشيوع بالشفعة من شريك مثله اشترى من شريك ثالث حصته الشائعة ، وعلى هذا الشريك الشفيع أن يشارك فيما أخذه بالشفعة جميع شركائه في العين إذا طلبوا ذلك . ولم يكن لهذا النص نظير في التقنين المدني الوطني السابق فتضاربت الأحكام الوطنية والمختلطة . فن الأحكام المختلطة ما قاس حالة النار على حالة الشريك في الشيوع ، وأجاز للحار أن يأخذ بالشفعة من المشتري حتى لو كان جارا مثله ، فيقسم العقار المشفوع فيه بين النار المشتري والحار طالب الشفعة (٢) . ومنها ما قضى بالاشفعة للجار من المشتري إذا كان جارا مثله ، لعدم ورود نص في الحار كما ورد النص في الشريك في الشيوع (٣) . ومن الأحكام الوطنية ما طبق حكم المادة ٩٥ مدني مختلط من غير أن يكون لها نظير في التقنين المدني الوطني ، فقضى بجواز أن يأخذ الشريك في الشيوع بالشفعة من شريك مثله ويتقاسم معه الحصة الشائعة المشفوع فيها (٤) . ومنها ما قضى بالاشفعة من مشتري شفيع ، لعدم ورود

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٩٣ .

(٢) استئناف مختلط ١٢ يونيو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٩١ .

(٣) استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٣٣ .

(٤) استئناف وطني ١٢ يناير سنة ١٨٩٩ القضاء ٦ ص ١٨٩ - الإسكندرية استئناف

٢٩ أبريل سنة ١٨٩٧ القضاء ٤ ص ٣٥٧ - ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٩ القضاء ٥ ص ٩٧ .

نص في التقنين المدني الوطني بمائل نص المادة ٩٥ من التقنين المدني المختلط (١) . ثم صدر قانون الشفعة السابق يلغى النصوص الخاصة بالشفعة في التقنين الوطني والمختلط ، ويستبدل بها نصوصاً أخرى متطابقة للقضائين الوطني المختلط . وقد حل محل المادة ٩٥ من التقنين المدني المختلط المادة ٨ من قانون الشفعة في كل من القضاء الوطني والقضاء المختلط ، وتنص على أن « يثبت حق الشفعة ، وتراعى الأحكام المقررة في المادة السابقة فيما يتعلق بالأولوية ، ولو كان المشتري حائزاً لما يجعله شفعياً باعتبار ما ذكر في المادة الأولى (٢) » . وفي نظرنا أن هذا النص ، وإن كان هو أيضاً لا يخلو من شيء من الغموض ، أراد واضعه به أن يحل محل المادة ٩٥ من التقنين المدني المختلط ، مع تعميم حكمه على جميع الفروض ، دون قصره على القرض الذي يأخذ فيه الشريك في الشيوع بالشفعة من المشتري إذا كان شريكاً مثله . فالنص يضع مبدأ عاماً ، هو أن يبقى (Subsiste) حق الشفعة للأشخاص الذين تثبت لهم صفة الشفع ، حتى لو كان المشتري هو نفسه شفعياً مثلهم . ولما كان هذا مبدأ عاماً يتناول جميع الفروض الثلاثة ، فرض ما إذا كان الشفع أعلى طبقة بين الشفعاء من المشتري وفرض ما إذا كان في طبقته وفرض ما إذا كان دونه في الطبقة ، فقد أراد واضع النص أن ينطبق هذه الفروض الثلاثة بعبارة واحدة قال فيها « وتراعى الأحكام المقررة في المادة السابقة فيما يتعلق بالأولوية (Préférence) » . فيتفاضل المشتري ، وهو شفع ، مع الشفعاء الذين يزاحونه ويريدون الأخذ منه بالشفعة ، ولا يمنحهم من ذلك كون المشتري شفعياً مثلهم بعد أن تقرر المبدأ العام القاضي بمجواز الأخذ بالشفعة من المشتري الشفع . فإذا ما تفاضل المشتري الشفع مع الشفعاء الآخرين ، وجب أن « تراعى الأحكام المقررة في المادة السابقة فيما يتعلق بالأولوية » . وعلى ذلك إذا كان الشفع أعلى طبقة من المشتري فضل

(١) استئناف وطني ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٨ لقضاء ٦ ص ١٣٩ - مصر الكلية ٢٦

نوفمبر سنة ١٨٩٨ القضاء ٦ ص ١٧٩ .

(٢) وأورد المشرع المصري النص الفرنسي المادة ٨ من قانون الشفعة على الوجه الآتي :

Le droit de préemption subsiste, et la règle établie à l'article précédent qui détermine la préférence est applicable, même dans le cas où l'acquéreur se trouverait dans les conditions prévues à l'article 1er. pour se rendre lui-même préempteur.

عليه وأخذ العقار المبيع منه بالشفعة ، وإذا كان في طبقته ساواه وشاركه في العقار المبيع ، وإذا كان دونه طبقة لم يجز له الأخذ بالشفعة إذ يفضل عليه المشتري . وهذه الأحكام تنفق في حملها مع ما هو مقرر في الفقه الإسلامي ، وقد أراد المشرع المصري أن يستلهم هذا الفقه فيها قرره من ذلك ^(١) . ومع أنه من اليسر أن تستخلص هذه الأحكام من نص المادة ٨ من قانون الشفعة السابق الذي تقدم ذكره ، إلا أن كلا من الفقه والقضاء انقسم في تفسير هذا النص . فبعض فهم منه أنه يقضي بجواز أن يأخذ الشفع بالشفعة من مشر في طبقته أو دونه طبقة ولا يأخذ بها من مشر أعلى منه طبقة ، وهذا هو التفسير المعقول للنص ^(٢) . وبعض قصر النص على فرض واحد هو ما إذا زاحم المشتري شفع أعلى منه طبقة مفسرا لفظ الأولوية (Préférence) بهذا

(١) وفي الفقه الإسلامي ، إذا شارك الشفع المشتري الشفع الذي هو من طبقته ، رأيان - رأى يذهب إلى تقسيم العقار المشفوع فيه على الشفع والمشتري الشفع بالتساوي . جاء في الفتاوى الهندية (حنن) : « لو أن رجلا اشترى داراً أو شفعيها ، ثم جاء شفع مثله ، قضى القاضي بتصفها » (الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٨) . وجاء في ابن عابدين (حنن) : لو اشترى إثنان داراً وهما شفعيان ، ثم جاء ثالث بعد ما اتسبا بقضاء أو غيره ، قل ، أي للشفع ، أن ينقض القصة ضرورة ضرورة النصف ثلثاً (ابن عابدين ٥ ص ٢٤١) . ورأى يذهب إلى تقسيم العقار المشفوع فيه على الشفع والمشتري الشفع بنسبة حصة كل منهم في العقار المشفوع به . جاء ففتح الجليل (مالك) : « إذا كان مشتري الشقص أحد الشفعاء ، ترك لشريك المشتري حصته من الشقص الذي اشتراه التي يشفع فيها لويبع لغيره . فإن اشترى ذو النصف النصف ، ترك له ثلثه ، وأخذ ذو الثلث ثلثه » (فتح الجليل ٣ ص ٦٠٢) . هذا وهناك رأى ثالث يذهب إلى عدم جواز أخذ الشفع بالشفعة إذا كان المشتري شفعياً مثله . جاء في المنى (حنبل) : « حكى عن الحسن والشعبى والبنى أنه لاشفعة لشريك الآخر ، لأنها تثبت للفق ضرر الشريك الدخيل ، وهذا شركته متقدمة فلا ضرر في شرائه » (المنى ٥ ص ٤٦٠) . وانظر على الخفيف في أحكام المعاملات الشرعية العلمية الثانية ص ١١٠ وما بعدها .

(٢) فإذا شفع من مشر في طبقته ، فاسم العقار المشفوع فيه بنسبة حصته في العقار المشفوع به (استئناف مصر ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٧٦ ص ٥٢٨ - بنى سويف الكلية ١٠ أكتوبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٤٥ ص ٤٢٩ - مخلوط ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٣٨٨ ص ٤٥٩ - أحسن حتى زغلول ص ٩٠ - ص ٩١ - على زكي المراهب فقرة ٦٨ ص ٤٣ - دي هلتس ٣ لفظ Préemption فقرة ٤٦ ص ٩١ - وانظر في صحيح القائلين بهذا الرأي محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٢٧٨ ص ٢٧٦ - ص ٢٧٧ - محمد على صرة ٢ فقرة ٣٣٨ ص ٥٦٠ - ص ٥٦٣ .

المعنى ، ففي هذا الفرض وحده يأخذ الشفع بالشفعة من المشتري الشفع ويفضل عليه ، أما في الفرضين الآخرين ، إذا كان الشفع في طبقة المشتري أو كان دونه في الطبقة ، فلا ينطبق النص ولا يجوز للشفع أن يأخذ بالشفعة (١) . ثم أخذ الرأي الأول يتغلب شيئا فشيئا حتى ساد الفقه أولا (٢) ، ثم ساد القضاء بعد ذلك (٣) ، وبه أخذت محكمة النقض (٤) .

(١) استئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٤٢ ص ٣٣٤ - استئناف أسبوط ٢ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٧٤ ص ٨١٤ - طنطا الكلية ١٧ مايو سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٦٢ ص ٣٤٠ - الإسكندرية الكلية الوطنية ١٢ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٩٨ ص ١٤٠ - استئناف مخطط ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٠٥ - ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٤١ - ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٦٩ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٣ - ٢ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٧٩ - ١٠ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٧٠ - وانظر في حجج القائلين بهذا الرأي محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٧٨ ص ٢٧٧ - ص ٢٨٠ .

(٢) حامد فهمي في المشتري الشفع كثيره من الشفعا استحقاقا ومزاخنة في مجلة المحاماة ٨ ص ٢٦١ - ص ٢٧٥ - عبد السلام ذهني في الأموال فقرة ٥٠٦ ص ٦٩٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٧٨ ص ٢٨٠ - ص ٢٨٢ - ومع ذلك أنظر محمد علي مرفة في تعليقه على حكم محكمة النقض الصادر في ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ في مجلة القانون والاقتصاد ١٦ ص ٤١٥ ص ٤٣٥ والمجزء الثاني في أسباب كسب الملكية فقرة ٣٤١ .

(٣) استئناف مصر ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ١٩ ص ٤٨ - ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٨١ ص ١٤٧ - المحلة الكبرى ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٦٧ ص ١٢٦ - ومع ذلك أنظر أسبوط الكلية ٢٠ سبتمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٤٣ ص ٨٥ - وانظر في تطور القضاء في هذه المسألة محمد علي مرفة ٢ فقرة ٣٢٩ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن النص الفرنسي للمادة ٨ من قانون الشفعة ، وهو النص الأصل الذي وضع به القانون ، يفيد تقرير حق الشفعة وتطبيق الأحكام الواردة في المادة ٧ في الحالة التي يكون فيها المشتري حائزا لما يجعله شفعيا . ولا يمكن أن يستفاد منه أن يكون حق الشفعة مقصورا على حالة التزام بين شفعاء من طبقات مختلفة دون حالة التزام بين شفعاء من طبقة واحدة ، فالنص لا يحتمل هذه التفرقة (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦١ ص ٧٠٩ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٩ ص ٢٧٢) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه متى كان يبين من الحكم أن المحكمة رجعت القول الذي يقول بعدم جواز الشفعة في الحالة التي يكون فيها الشفع من مرتبة المشتري ، أعذا بما انتهى إليه الشارع في المادة ٩٣٧ من القانون المدني الجديد ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون على =

وواجه التقنين المدنى الجديد هذا الرأى المتغلب ، ووازن بينه وبين الرأى الآخر ، فرجح عنده الرأى الآخر . ذلك أنه إذا أمكن التسليم بأن يأخذ الشفيع بالشفعة من مشتر يكون الشفيع أعلى منه طبقة . فليس من اليسر أن يسلم بهذا الحق الاستثنائى ، وفيه خروج واضح على قاعدة جوهرية من قواعد القانون المدنى هى القاعدة التى تقضى بالألا يتزع من المالك ملكه دون رضاه ، لشفيع لا يعلو على المشتري فى طبقته . فإن الشفيع إذا كان فى طبقة المشتري ، فلا معنى لإعطائه الحق فى الشفعة ومشاركة المشتري فى العقار المشفوع فيه ، فإن المشتري يعادله فى الطبقة ويزيد عليه بأنه هو الذى وقع عليه دون الشفيع اختيار البائع فأثره بالصفقة . ولا مبرر هنا للتجاوز عن إرادة البائع وإهدار هذه الإرادة ، فالشفيع لا يعلو على المشتري فى الطبقة ، ثم إن المشتري ليس بأجنبي طراً على الشركة أو الجوار ويراد التخلص منه بالشفعة ، إذ هو شريك قديم أو جار قديم لا يقل شأنه فى ذلك عن شأن الشفيع . وعلى ذلك أخذ التقنين المدنى الجديد بعكس الرأى الذى كان سائداً فى الفقه والقضاء ، ونص كما رأينا على أنه « إذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التى كانت تجعله شفيعاً بمقتضى نص المادة السابقة ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته . . . » . وقد حسم هذا النص كل خلاف فى هذه المسألة ، ووضع الأمور فى نصابها الصحيح .

فإذا كان هناك عقار يملكه اثنان فى الشيوع ورتبا عليه حق انتفاع فأصبحا مالكين للرقبة فقط ، واشترى أحدهما حق الانتفاع ، لم يجرز للشريك الآخر فى الرقبة أن يأخذ بالشفعة من الشريك الأول المشتري ويشاركه فى حق الانتفاع لأن المشتري شفيع مثله وفى طبقته ، وهى الطبقة الأولى . وإذا كان هناك عقار يملكه ثلاثة على الشيوع ، وباع أحد هؤلاء الشركاء حصته الشائعة لشريك

— ما جرى به قضاء محكمة النقض ، وذلك لأن هذا النص الذى طبقته المحكمة لا يسرى على الماضى ولا يصلح به إلا بالنسبة إلى المنازعات التى تقع ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فى حين أن دعوى الشفعة رفعت فى سنة ١٩٤٧ (نقض مدنى ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ بمجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٠ ص ١٨٩) — وانظر نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٥٣ بمجموعة المكتب القضى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧١٨ رقم ٦٨ - ٣ مارس سنة ١٩٥٥ نقض المجموعة جزء أول ص ٧١٨ رقم ٧٠ .

ثان ، لم يجوز للشريك الثالث أن يأخذ بالشفعة من الشريك الثاني ويشاركه في الحصة الشائعة المبيعة ، لأن المشتري شفيع مثله وفي طبقته ، وهي الطبقة الثانية . وإذا رتب صاحب العقار حق انتفاع على عقاره لشخصين على الشيوع فأصبح مالكا للرقبة فقط ، ثم باع الرقبة لأحد صاحبي حق الانتفاع ، لم يجوز لصاحب حق الانتفاع الآخر أن يأخذ بالشفعة من المشتري ويشاركه في الرقبة ، لأن المشتري شفيع مثله وفي طبقته ، وهي الطبقة الثالثة . وإذا كان شخصان يملكان أرضا وحكراها فأصبحا لا يملكان إلا الرقبة ، وباع صاحب حق الحكر حقه لأحدهما ، فإن الثاني لا يجوز له الأخذ بالشفعة من المشتري ويشاركه في حق الحكر ، لأن المشتري شفيع مثله وفي طبقته ، وهي الطبقة الرابعة . والعكس صحيح ، فإذا كان شخص يملك عقارا وحكراه لشخصين على الشيوع فأصبح لا يملك إلا الرقبة ، ثم باع الرقبة لأحد صاحبي الحكر ، فإن صاحب الحكر الثاني لا يجوز له أن يأخذ بالشفعة من المشتري ويشاركه في الرقبة ، لأن المشتري شفيع مثله وفي طبقته ، وهي أيضا الطبقة الرابعة . وإذا باع شخص عقاره لأحد جيرانه ممن يحق لهم أخذ العقار بالشفعة ، لم يجوز لجار آخر أن يأخذ بالشفعة من الجار المشتري ، إذ أن المشتري شفيع مثله وفي طبقته ، وهي الطبقة الخامسة .

٢٠١ - نزام المشتري مع شفعاء أعلى منه طبقة : تنص الفقرة الثالثة من المادة ٩٣٧ مدني ، كما رأينا (١) ، على ما يأتي : « فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة السابقة ، فإنه يفضل . . . ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى » . والنص يفترض أن المشتري نفسه قد توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذي اشتراه ، ويتقدم لأخذ العقار منه بالشفعة شفيع أعلى منه طبقة . ففي هذا الفرض وحده يفضل الشفيع على المشتري لأنه أعلى منه طبقة ، ويجوز له أخذ العقار المبيع بالشفعة من المشتري . وليس للمشتري أن يعترض ، فإن سبب الشفعة في الشفيع أقوى من سببها في المشتري ، وليس للبائع أن يؤثر المشتري على

الشفيع على خلاف ما يقضى به القانون من إيثار الشفيع على المشتري (١) .
وعلى ذلك إذا كان مالك العقار قد رتب عليه حق انتفاع لشريكين في
الشيوع فأصبح لا يملك إلا الرقبة ، وباع أحد الشريكين في حق الانتفاع
حصته الشائعة في هذا الحق للشريك الآخر ، فإن مالك الرقبة له أن يأخذ هذه
الحصة الشائعة من المشتري بالشفعة . ولا يستطيع المشتري الشريك في حق
الانتفاع أن يدفع دعوى الشفعة بأنه هو أيضا شفيع لأنه شريك في الشيوع ،
ذلك لأن مالك الرقبة الشفيع أعلى منه طبقة ، إذ هو في الطبقة الأولى في حين
أن الشريك في الشيوع في الطبقة الثانية .

وعلى ذلك أيضا إذا كان شخصان يملكان عقارا في الشيوع ورتبا عليه حق
انتفاع فأصبحا لا يملكان إلا الرقبة ، وباع أحدهما حصته الشائعة في الرقبة
لصاحب حق الانتفاع ، فإن الشريك الآخر في الرقبة له أن يأخذ هذه الحصة
الشائعة بالشفعة من صاحب حق الانتفاع . ولا يستطيع هذا الأخير أن يدفع
دعوى الشريك بأنه هو أيضا شفيع لأنه صاحب حق الانتفاع ، ذلك لأن
الشريك الآخر في الرقبة شريك في الشيوع فهو أعلى منه طبقة ، إذ هو في الطبقة
الثانية في حين أن صاحب حق الانتفاع في الطبقة الثالثة .

وعلى ذلك أيضا إذا كان شخصان يملكان عقارا على الشيوع وحكراه
فأصبحا لا يملكان إلا الرقبة ، وباع أحدهما حصته الشائعة في الرقبة لصاحب
حق الحكر ، جاز للشريك الآخر في الرقبة أن يأخذ هذه الحصة الشائعة بالشفعة
من صاحب حق الحكر . ولا يستطيع هذا الأخير أن يدفع دعوى الشفعة بأنه
هو أيضا شفيع لأنه صاحب حق الحكر ، ذلك لأن الشريك الآخر في الرقبة
شريك في الشيوع فهو أعلى منه طبقة ، إذ هو في الطبقة الثانية في حين أن
صاحب حق الحكر في الطبقة الرابعة .

(١) وعندما ناقشت لجنة الأستاذ كامل صدق هذه المسألة ، قال أحد الأعضاء إنه يرى
تفضيل المشتري حتى على الشفعاء الذين هم من طبقة أعلى ، واقترح تعديل النص بهذا المعنى ،
واستند في ذلك إلى مبدأ حرية التعاقد وإلى أن المشتري في هذه الحالة يجمع بين صفتي المشتري
والشفيع . وأخذ الرئيس الآراء على التعديل . . فرضت اللجنة الاقتراح بأغلبية الآراء
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٨٩ في الماشي) . وقررت اللجنة تقديم الشفيع على
المشتري ، إذا كان الشفيع أعلى طبقة من المشتري .

وعلى ذلك أخيراً إذا كان شخصان يملكان عقارا في الشيوع : وباع أحدهما حصته الشائعة لجار ، جاز للشريك الآخر في الشيوع أن يأخذ الحصة الشائعة من الجار بالشفعة . ولا يستطيع الجار أن يدفع دعوى الشفعة بأنه هو أيضا شفيع لأنه جار ، ذلك أن الشريك الآخر في الشيوع أعلى منه طبقة ، إذ هو في الطبقة الثانية والجار في الطبقة الخامسة .

أما إذا باع مالك العقار عقاره لجار توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فإن أى جار آخر ، ولو كانت الشفعة تعود عليه بمنفعة أكبر . لا يستطيع الأخذ بالشفعة من الجار المشتري . ذلك أن كل الجيران في رأينا من طبقة واحدة ، ولا يعلو أحدهم على الآخرين لمجرد أن الشفعة تعود عليه بمنفعة أكبر . والمادة ٩٣٦ مدنى ، عند ما رتب طبقات الشفعاء . لم تجعل للجار إلا طبقة واحدة هي الطبقة الأخيرة ، فلا يعلو جار على جار . ومن ثم إذا اشترى جار العقار المشفوع فيه ، لم يستطع أى جار آخر ولو كانت منفعته أكبر أن يأخذ منه العقار بالشفعة لأنه من طبقة^(١) ، والشفيع لا يأخذ بالشفعة من مشتريكون شفيعا من طبقته كما سبق القول^(٢) . وإنما يتفاضل الجيران بالمنفعة الأكبر إذا كانوا كلهم شفعاء دون أن يكون فيهم مشتر ، فإذا كان أحد الجيران هو المشتري تميز على سائر الجيران لأنهم جميعا من طبقته كما قدمنا فلا يجوز لهم أن يأخذوا منه العقار المبيع بالشفعة^(٣) . وإذا اعتبرنا مالك الطبقة شفيعا بسبب الحوار كما

(١) أنظر في هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ٢٥٢ ص ٢٦٦ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٦٤ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٢٦ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٩٢ ص ٤٣٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤١ ص ٣٣٦ - وانظر استئناف مخطط ٢ أبريل سنة ١٩١٣ ٢٥٢ ص ٢٧٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٠ .

(٣) ومع ذلك جرى القضاء ، في عهد قانون الشفعة السابق ، بأن الشفيع الجار يقدم على المشتري الجار ، فيكون له حق الأخذ بالشفعة ، إذا كانت الشفعة تعود عليه بمنفعة أكبر . وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بأنه إذا تمدد طالبو الشفعة من الجيران ، وكان المشتري أحد الشفعاء ، وجب أن يرجع منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره (استئناف مصر ١٢ يونيو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٦٣ ص ٩٣٠) . وانظر استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٧ ص ٤٨٨ - ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٧٦ ص ٥٢٨ - استئناف مخطط ١٦ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٧٠ - وقضت -

هو الرأى الراجع ، فإنه يدخل أيضا فى الطبقة الخامسة مع سائر الجيران. وعلى ذلك إذا باع صاحب الطبقة طبقته لصاحب الطبقة الأعلى لم يستطع صاحب الطبقة الأسفل أن يأخذ بالشفعة من مشرّ هو من طبقته ، وكذلك إذا باع صاحب الطبقة طبقته لصاحب الطبقة الأسفل لم يستطع صاحب الطبقة الأعلى أن يأخذ بالشفعة لنفس السبب . ولنفس السبب أيضا إذا باع صاحب الطبقة طبقته لأحد صاحبي الطبقتين الأعلى والأسفل ، لم يستطع الجار العادى أن يأخذ بالشفعة الطبقة المبيعة . ولنفس السبب أخيرا إذا باع صاحب الطبقة طبقته لجار عادى ، لم يستطع أى من صاحبي الطبقتين الأعلى والأسفل أن يأخذ بالشفعة الطبقة المبيعة ، وذلك بالرغم من أن صاحب الطبقة الشفيع أوثق اتصالا بالطبقة المبيعة وتعود عليه الشفعة بمنفعة أكبر ، فهو مع ذلك كله لا يزال فى طبقة الجار العادى كما سبق القول . ولو قلنا بأن صاحب الطبقة يشفع باعتباره شريكا فى الشيوع لتغير الحكم ، ولأخذ بالشفعة من مشرّ هو جار عادى لأنه يصبح أعلى منه طبقة ، إذ يصبح فى الطبقة الثانية باعتباره شريكا فى الشيوع فى حين أن الجار العادى هو فى الطبقة الخامسة . ولكن صاحب الطبقة ، حتى باعتباره شريكا فى الشيوع ، لا يأخذ بالشفعة الطبقة المبيعة من مشرّ هو صاحب طبقة أخرى ، لأن كلا من الشفيع والمشرى شريك فى الشيوع أى فى طبقة واحدة ، ولا يأخذ شفيع بالشفعة عقارا اشتراه شفيع من طبقته كما سبق القول (١) .

= محكمة النقض أيضاً فى هذا المعنى بأن المادة الثامنة من قانون الشفعة تقضى بأن حق الشفعة يبق ولو كان المشرى حائزاً لما يحمله شفيهاً ، وفى هذه الحالة تتبع قواعد التفضيل المقررة فى المادة السابقة لتزاحم الشفعاء . وتنص المادة السابعة على أنه إذا تمدد الجيران يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره . وإعمالاً لهذه النصين كان على محكمة الموضوع أن توازن بين المنفعة التى تعود على ملك الشفيع وتلك التى تعود على ملك المشرى ، وأن تفصل فى طلب الشفعة وفقاً لنتيجة الموازنة ، فتقضى بالشفعة للشفيع متى ثبت أن منفعة ملكه من الشفعة أكبر ، وترفض دعواه إذا كانت المنفعة التى تعود على ملك المشرى أكبر وإذا تساوت المنفعتان . أما إذ هى لم تفعل ، ورفضت دعوى الشفعة بناء على المساواة فى سببها ، فإنها تكون قد خالفت القانون (نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ١١٩ ص ٢٧٢) .

وانظر فى هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٧٨ ص ٢٨٢ - ص ٢٨٣ - محمد على عرق ٢ فقرة ٣٣٦ ص ٥٥٦ .
(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٠ .

المبحث الثاني

كيفية الأخذ بالشفعة

٢٠٢ - إعلانه الرغبة في الأخذ بالشفعة وإدعاء الثمن مع رفع دعوى الشفعة وصدور حكم بقبول الحق فيها : ومتى توافرت شروط الأخذ بالشفعة على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم ، فإن الشفعيع يلزمه اتباع إجراءات رسمها القانون للأخذ بالشفعة . ويمكن تقسيم هذه الإجراءات إلى مرحلتين : (المرحلة الأولى) إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . (المرحلة الثانية) إدعاء الثمن ورفع دعوى الشفعة وصدور حكم بقبول الحق فيها .

المطلب الأول

إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة

٢٠٣ - نص قانوني : تنص المادة ٩٤٠ مدني على ما يأتي :

« على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري . وإلا سقط حقه . ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك ^(١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها لكل من البائع والمشتري في ظرف خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه بالبائع أو من تاريخ الإنذار الرسمي الذي أعلنه به البائع أو المشتري . ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك » . وفي لجنة المراجعة أضيف النص على سقوط الحق في الشفعة عند عدم إعلان الرغبة في الميعاد المقرر ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١١٠٣ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب حذفت عبارة « من تاريخ علمه بالبائع أو » ، قسرى مدة الخمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي وحده دون العلم بالبائع ، « إذ دلت التجارب على أن إثبات العلم بالبائع كواقعة مادية يثير كثيراً من الإشكالات والقضايا ، فحسب لذلك وأتت اللجنة أن تبدأ المدة من تاريخ الإنذار الرسمي وحده » ، ووافق مجلس النواب على النص بهذا التعديل تحت رقم ١٠١٠ . ويبدو أن التعديل الذي أدخله مجلس النواب بحذف سريان الميعاد من تاريخ العلم بالبائع قد أغفل إثباته ، فوسل النص بدون هذا التعديل إلى لجنة مجلس الشيوخ ، فأدخلت هذه اللجنة التعديل ذاته مرة أخرى على النص ، « إذ رأت » حسب الخلاف ومنعاً للإشكالات أن تقتصر على أن الميعاد يبدأ من تاريخ الإنذار الرسمي لأنه تاريخ ثابت لا يحتمل التأويل ، ولذلك تقرر حذف عبارة من تاريخ علمه بالبائع أو » ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٩٤٠ ، وقد أصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤١٠ - ص ٤١٧) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق م ١/١٤ وم ٢/١٩ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٤٤ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٣٨ (العبارة الأولى) - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٤٧ (٢) والحق في الشفعة يثبت إما بالتراضى أو بالتقاضى .

وهو يثبت بانتراضى متى سلم المشتري للشفيع بالشفعة عن رضاه منه ، فيحل الشفيع محل المشتري في الصفقة التي عقدها هذا الأخير مع البائع ،

(١) قانون شفعة السابق م ١/١٤ : يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن البائع والمشتري بضمه له كدبة على يد محضر . ويكون هذا الإعلان مشتملاً على عرض الثمن وملكاته الواجب دفعها قنوداً .

م ٢/١٩ : يسقط حق الشفعة في الأحوال الآتية : إذا لم يظهر الشفيع ورغبته في الأخذ بالشفعة في ظرف خمسة عشر يوماً من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسمياً بأداء ورغبته سواء كان بناءً من طلب البائع أو بناءً على طلب المشتري . ويزاد على هذه المدة عند الاقتضاء ميعاد المسافة .

(وتنطبق أحكام قانون الشفعة السابق مع أحكام التقنين المدني الجديد . فيما عدا أمورين : (١) كان من الواجب في قانون شفعة السابق أن يتضمن إعلان الرغبة عرض الثمن وملكاته ، أما في تقنين المدني الجديد فقد استغنى عن ذلك بإلزام الشفيع أن يودع الثمن خزنة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة . (٢) كان ميعاد الخمسة عشر يوماً في قانون الشفعة السابق يسرى إما من وقت علم الشفيع بالبيع أو من وقت إبداءه بوقوعه ، أما في التقنين المدني الجديد فلا يبدأ سريان هذا الميعاد إلا من تاريخ الإنذار لأنه تاريخ ثابت رسمياً فلا يقع الاختلاف فيه ، وقد حذف سريان الميعاد من وقت علم الشفيع بالبيع لأن العلم بالبيع واقعة غير منضبطة التاريخ ونسبها كثيراً من الإشكالات إذا أريد إثباتها) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٤٤ (مطابق)

التقنين المدني العراقي : م ١١٣٨ عبارة الأولى (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني : م ٢/٢٤٧ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : وعلى الشفيع أن يطالب بحق الشفعة أثناء الأيام العشرة التي تلي التبليغ به إضافة مهلة المسافة ، تحت طائلة السقوط . (والقانون اللبناني موافق للتقنين المصري . فيما عدا أن ميعاد إعلان الرغبة عشرة أيام في القانون اللبناني بدلاً من خمسة عشر يوماً في التقنين المصري)

ويكون على الشفيع التزامات المشتري وله حقه على الوجه الذى سنبينه عند الكلام فى آثار الأخذ بالشفعة . ويصح التسليم بالشفعة فى أى وقت إلى يوم رفع دعوى الشفعة . ومتى حصل التسليم بالشفعة . وجب تسجيل هذا التسليم حتى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع . وهذا يقتضى أن يكون التسليم مكتوباً ، وأن تتخذ الإجراءات المقررة فى القانون للتسجيل .

ولكن الشفعة أكثر ما تؤخذ بالتقاضى ، وقل أن يسلم المشتري للشفيع بالشفعة . ولو كان التسليم فى نيته لردد كثيراً قبل أن يقدم على الشراء ، وذلك ما لم يكن يجهل وجود الشفيع أو كان يعلم بوجوده ولكنه يعتقد أنه لا يأخذ بالشفعة . وللتقاضى فى الشفعة إجراءات رسمها القانون ، ومواعيد محددة تجب مراعاتها .

فهناك إجراءات تسبق إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة ، وهى التى نتولى هنا بيانها . وأول هذه الإجراءات هو الإجراء الذى يرمى إلى إخبار الشفيع بوقوع البيع ، ويكون ذلك بانذار رسمى يوجه إليه من المشتري أو من البائع . وبلى علم الشفيع بوقوع البيع عن طريق الإنذار الرسمى أن يبدى الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة باعلان رسمى لكل من المشتري والبائع ، وذلك فى ميعاد معين ، ثم يسجل الشفيع إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة .

فنتكلم فى المسائل الآتية : (١) الإنذار الرسمى بوقوع البيع . (٢) إبداء الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة . (٣) ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة . (٤) تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة .

٢٠٤ - الإنذار الرسمى بوقوع البيع - نص قانونى : تنص المادة ٩٤١ مدنى على ما يأتى :

« يشتمل الإنذار الرسمى المنصوص عليه فى المادة السابقة على البيانات الآتية وإلا كان باطلاً » :

« (١) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً » .

١ (ب) بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يعلن الإنذار الرسمى المنصوص عليه في المادة السابقة على يد محضر ، وإلا كان باطلا . ويجب أن يشتمل على ما يأتى : (أ) بيان المقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً دقيقاً مع تعيين موقعه وحدوده ومساحته . (ب) بيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته ومحل سكنه . وفي لجنة المراجعة عدل النص وحذف العبارات المتضمنة تفصيلات لاحاجة لها ، فأصبح كما يأتى : « يشتمل الإنذار الرسمى المنصوص عليه في المادة السابقة على البيانات الآتية ، وإلا كان باطلا : (أ) بيان المقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً . (ب) بيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه ، وصار رقمه ١٠١٤ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١١ . وفي لجنة مجلس الشيوخ أضيف إلى مشتملات الإنذار الرسمى فضلاً عن بيان الثمن والمصروفات الرسمية « كصارييف التسجيل وما يماثلها ، أما المصارييف الأخرى كآكتاب المحاماة والسمررة فيجوز أن تكون محل مطالبة على حدة ، وأصبح النص تحت رقم ٩٤١ مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤١٧ - ص ٤١٩) . ويقابل النص في قانون الشفعة السابق م ٢١ : يجب أن يعلن التكليف الرسمى المنصوص عنه في الفقرة الثانية من المادة التاسعة عشرة على يد محضر ، وأن يشتمل على البيانات الآتية ، وإلا عد لاغياً . وهذه البيانات هي : أولاً - بيان المقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً دقيقاً مع تعيين موقعه وحدوده ومقاسه . ثانياً - بيان الثمن وشروط البيع واسم ولقب وصنعة ومحل سكن كل من البائع والمشتري . (وأحكام قانون الشفعة السابق في هذا الخصوص تنعق في مجموعها مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى العراقي : م ٩٤٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقي : م ١١٣٨ : على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته لكل من البائع والمشتري أو دائرة الطابو خلال مدة عشر يوماً من تاريخ إنذاره بالبيع إنذاراً رسمياً من البائع أو المشتري ، وإلا سقط حقه . ويجب أن يتضمن هذا الإنذار بيان المقار المبيع بياناً واضحاً وبيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ومحل إقامته ، وإلا كان الإنذار باطلا .

(والتقنين العراقي يوافق التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبناني : م ١/٢٤٧ (مدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : للمشتري بعد تسجيل المند أن يعلم الشفعة بالتسجيل بواسطة الكاتب المدل المقيمين في لبنان ، ووفقاً -

وتفتح إجراءات الشفعة عادة بهذا الإنذار الرسمي ، والغرض منه إخطار الشفيع بوقوع البيع الذى يجوز الأخذ فيه بالشفعة وبالتمن وشروط البيع ، حتى يتدبر الشفيع أمره فإذا رأى الآخذ بالشفعة أعلن رغبته فى ذلك . والإنذار يوجهه المشتري أو البائع (انظر م ٩٤٠ مدنى) ، فإذا وجهه أحدهما أغنى ذلك عن أن يوجه الآخر . ويوجه الإنذار إلى الشفيع (١) إذا كان واحدا ، فإذا تعدد الشفعاء ولو تفاوتت طبقاتهم وجب أن يوجه الإنذار إلى كل منهم ، حتى من كانت طبقته متأخرة ، لاحتمال أن يترك الشفعاء المتقدمون شفعتهم فيأخذ المتأخر بالشفعة .

ويجب أن يكون الإنذار رسميا على يد محضر ، فالإخطار الشفوى ، بل الإخطار المكتوب (ككتاب فى البريد ولو كان مسجلا يعلم وصول) إذا لم يكن إنذارا رسميا على يد محضر ، لا يكتفى لجعل ميعاد الخمسة العشر يوما لإعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة يسرى (٢) .

ويجب أن يشتمل الإنذار على البيانات الآتية ، وإلا كان باطلا فلا يسرى ميعاد الخمسة العشر يوما : أولا - بيان العقار المشفوع فيه بيانا كافيا ، ويكون ذلك بتعيين موقعه وحدوده ومساحته وبذكر أى بيان آخر من شأنه أن يكون نافيا للجهالة بالعقار (٣) . ثانيا - بيان الثمن الذى يبيع به العقار ، وبيان

= المادة ٣٦٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية المقيمين فى بلاد أجنبية ، على أن يبين فى التبليغ العقار المبيع وأوصافه وتاريخ التسجيل واسم العاقدين ومحل إقامتهما واثمن وملحقاته وشروط العقد . (والقانون اللبنانى يوجب على المشتري تسجيل البيع ثم إرسال تبليغ رسمى لشفيع يشتمل على بيانات مماثلة لبيانات المشار إليها فى التقنين المدنى المصرى) .

(١) ويجوز أن يوجه الإنذار إلى وكيل الشفيع ، إذا كان مفوضاً فى تمثيل موكله . أمام المحاكم وفى أن يتسلم عنه الأوراق والأحكام (استئناف مخطوط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨١ - محمد كامل مرسى ٣، فقرة ٤١٤ ص ٤٠٧) .

وسواء كان الإنذار موجهاً إلى الشفيع أو إلى وكيله ، فانه يجب أن يكون إعلان هذا الإنذار فى موطن المعلن إليه أى فى 'المكان الذى يقيم فيه عادة (م ١/٤٠ مدنى) ، لاقى المكان الذى يباشر فيه تجارة أو حرفة فان هذا المكان لا يكون موطناً إلا بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة (م ٤١ مدنى) . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة (انظر مايل فقرة ٢٠٥) .

(٢) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤١٤ ص ٤٠٧ .

(٣) فإذا كان الشفيع شريكاً شتاعاً فى العقار ، ووصف الإنذار العقار المبيع بأنه حصة شائعة فى هذا العقار مقدارها كذا فداناً بناحية كذا تتبعها ملكية وسراى ومبان ، فهذا =

المصروفات الرسمية بالإضافة إلى الثمن . ويراد بالمصروفات الرسمية الرسوم المقررة ، كرسوم توثيق البيع إذا كتب في ورقة رسمية ورسوم التسجيل إذا سجل . أما المصروفات الأخرى ، كالسمرة وأنعاب الحمامة ، فليس من الواجب ذكرها ، فإذا لم تذكر كانت محل مطالبة على حدة بشرط أن يقيم المشتري الدليل عليها وفقاً للقواعد المقررة في الإثبات. (١) ويذكر كذلك في الإنذار اسم كل من المشتري والبائع ولقبه وصناعته ووطنه وذلك حتى يتعين تعييننا كافياً وحتى يمكن أن يعلن برغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة إذا ما رغب في ذلك (٢).

= البيان كاف مانع للجهالة . وقد قضت محكمة النقض بأن وصف المقار على هذا النحو كاف ، ومن شأنه تعريف الشفيع بالمقار المبيع ترفيهاً نافياً للجهالة ، بحيث يستطيع أن يتدبر في أمر الصفقة فيأخذ بالشفعة أو يترك ، وبأن تقرير ما إذا كان بيان المقار المبيع كافياً أو غير كاف متروك لقاضي الموضوع ، فقي أقام قضاؤه على أسباب سائفة فلا معقب عليه من محكمة النقض (نقض مدني ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٠ ص ١٧٤) . وانظر أيضاً نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ٢٢٣ ص ٤٢٩ - ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٤ ص ١٠١١ .

(١) أنظر التمديل الذي أدخلته لجنة مجلس الشيوخ في هذا الشأن ص ٦٢٤ هامش ١ - وكان هذا التمديل الذي يقضى ببيان المصروفات الرسمية في الإنذار مفهوماً لو كان الشفيع يلتزم ، قبل رفع دعوى الشفعة ، بإيداع الثمن والمصروفات الرسمية . ولكننا سنرى (أنظر مايل فقرة ٢١٤) أن الشفيع يلتزم بإيداع الثمن وحده دون المصروفات ، سواء كانت المصروفات رسمية أو غير رسمية فتكون جميعها محل مطالبة على حدة . فليست هناك إذن فائدة واضحة من ذكر المصروفات الرسمية بين البيانات التي يتضمنها الإنذار الرسمي ، وكان يكفي ذكر الثمن فهو وحده الذي يلتزم الشفيع بإيداعه خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود بشروط البيع التي استلزم القانون بيانها في الإنذار هي شروطه الأساسية التي لا بد من علم الشفيع بها ، حتى يستطيع الموازنة بين أن يقدم على طلب الشفعة أولاً يقدم . وإذا كان شرط منح المشتري أجلاً في الوفاء بيمض الثمن لا يتوقف عليه تقدير صاحب الحق في الشفعة لموقفه من حيث الأخذ بها أو تركها ، ذلك أنه ملزم في جميع الأحوال طبقاً للمادة ٩٤٢ مدني بإيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل عليه البيع به وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى بها ، وإلا سقط حقه في الأخذ بالشفعة ، كما أنه طبقاً للمادة ٩٤٥ مدني لا يستفيد الشفيع من أجل المنوح المشتري إلا برضاء البائع ، وحتى في حالة حصول هذا الرضاء فإنه لا يترتب عليه إعفاء الشفيع من واجب إيداع كامل الثمن بما فيه المؤجل في الميعاد القانوني . ومن ثم فليس ثمة نفع يعود على الشفيع من علمه بشرط تأجيل الثمن قبل إعلان رغبته فيها ، وبالتالي فإن عدم اشتغال الإنذار الموجه من المشتري إلى الشفيع على هذا الشرط لا يترتب عليه بطلان هذا الإنذار . ولا يعتبر كذلك من شروط =

وحتى يسرى ميعاد الخصصة العشر يوما لإعلان الشفع رغبتة فى الأخذ بالشفعة ، يجب توجيه هذا الإنذار الرسمى إلى الشفع على الوجه السابق بيانه ، ولا يقضى عنه أية ورقة رسمية أخرى ولو كانت معلنة على يد محضر. فلو أن المشتري لحصة شائعة فى عقار رفع على البائع دعوى بصحة التعاقد ، وأدخل فى الدعوى سائر الشركاء فى الشيوع ليكون الحكم فى مواجهتهم فأعلنهم بعريضة الدعوى بصحة التعاقد ، لم يقضى إعلان هذه العريضة عن الإنذار الرسمى ، بالرغم من أن عريضة دعوى صحة التعاقد تتضمن عادة البيانات التى يتضمنها الإنذار الرسمى^(١). ومن ثم يبق للشركاء فى الشيوع حق الأخذ بالشفعة ، حتى لو انقضى خمسة عشر يوما من وقت إعلان عريضة دعوى صحة التعاقد، ما دام المشتري أو البائع لم يوجه لهم الإنذار الرسمى على الوجه الذى تقدم ذكره . وإذا كان الشفع يستطيع إعلان رغبتة فى الأخذ بالشفعة فى خلال خمسة عشر يوما من يوم إنذاره من المشتري أو من البائع بوقوع البيع ، فان ذلك لا يمنع من أنه يستطيع إعلان هذه الرغبة قبل أن يصله أى إنذار رسمى . ففى علم بالبيع ، جاز له أن يعلن رغبتة فى الأخذ بالشفعة على الوجه الذى سنبينه^(٢) ، دون حاجة إلى انتظار الإنذار . بل جاز له قبل الإنذار أن يجاوز مرحلة إعلان الرغبة إلى مرحلة إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة، ويعتبر إعلان عريضة دعوى الشفعة إعلانا للرغبة فى الأخذ بالشفعة كما سيجىء (٣) .

٢٠٥ - إعماله الشفع رغبتة فى الإخذ بالشفعة - نص قانونى :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٩٤٢ مدنى على ما يأتى :

« إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسميا ، وإلا كان

البيع الذى توجب المادة ٩٤١ مدنى اشتغال الإنذار عليها ما ورد فعقد البيع الصادر للمشتري من أن البائع له نقل ملكية ما باعه بطريق الشراء من آخر بعقد ابتدائى ، كما لم يوجب القانون تضمين هذا الإنذار شروط عقد تملك البائع (نقض مدنى ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٤ ص ١٠١١) .

(١) استئناف القاهرة ١٩ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ رقم ١٥٤ ص ٦٦٩ - شين الكوم ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ١٩٥ ص ٨٣٣ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٨٤ ص ٤٧٨ و ص ٤٨٠ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٣١٣ ص ٤٧٠

(٢) عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٥١ .

(٣) أنظر مائيل فقرة ٢٠٥ .

باطلا . ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل » (١) .

فتى أنذر الشفع بوقوع البيع على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، فانه يجب عليه . إذا أراد الأخذ بالشفعة ، أن يبدى رغبته فى ذلك ، وأن يعلن هذه الرغبة إلى كل من المشتري والبائع . وقد رأينا المادة ٩٤٠ مدنى (٢) تقول : « على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١/١٣٩٠ و ٣ و ٤ من المشروع التمهيدى على اوجه الآت : ١ - إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة يجب أن يكون على يد محضر ، وإلا كان باطلا . ٢ - ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل فى قلم الرهون بالمحكمة المختصة الكائن فى دائرتها العقار . ٣ - وإذا كانت الشفعة بين مصريين ، يمكن بحصول ذلك التسجيل فى قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها العقار المطلوب أخذه بالشفعة . وعلى هذه المحكمة أن تبث بصورة منه إلى قلم الرهون بالمحكمة المختصة الكائن فى دائرتها العقار ، لتسجيله من تلقاء نفسه . ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير من ذوى الجنسية الأجنبية الذين ينضمون لاختصاص المحاكم المختصة إلا من تاريخ هذا التسجيل الأخير . وفى لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية ، وحذفت المباراة الأخيرة من الفقرة الثالثة كما حذفت الفقرة الرابعة ، وذلك مراعاة للتنسيق الخاص بأحكام التسجيل من حيث بيان جهة حصوله ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٣٠١/١٠١٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٣٠١/١٠١٢ . وفى لجنة مجلس الشيوخ صحت الفقرة الثالثة إلى الفقرة الأولى وجعلنا فقرة واحدة لاتصال حكمهما ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١/٩٤٢ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٠ - ص ٤٢٥) . ويقابل النص المادة ١٤ من قانون الشفعة السابق (الممدلة بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى) : يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشتري طلبه لها كتابة على يد محضر . ولأجل أن يكون هذا الإعلان حجة على الغير يجب تسجيله فى مكتب الشهر الكائن بدائرتة العقار .

(وقد نون الشفعة السابق يتفق مع اثنين المدف الجديد) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأولى : التقنين المدف السورى : لا مقابل .

التقنين المدف ألبانى : م ١/٩٤٦ (مطابق) .

التقنين المدف العراق : م ١١٣٨ (أنظر آنفاً ص ٦٢٤ هامش ١) .

قانون الملكية المقارية اللبناى : م ٢/٢٤٧ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : وعلى

الشفيع أن يطالب بحق الشفعة . . . (والظاهر أن المقصود بالمطالبة بحق الشفعة هو رفع دعوى الشفعة كما سيحى* : أنظر مايل ص ٦٧٠ هامش ٢ . وعلى ذلك لا يشترط فى القانون اللبناى أن يسبق رفع دعوى الشفعة ابداء الرغبة فى الأخذ بها .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٣ .

والمشتري . . . : فاعلان الرغبة يوجه من الشفيع إذا كان واحدا ، أو من كل شفيع يريد الأخذ بالشفعة إذا تعدد الشفعاء . ويجب أن يوجه إلى كل من المشتري والبايع ، فإذا وجه إلى أحدهما دون الآخر ، أو وجه إلى أحدهما في الميعاد المقرر وإلى الآخر بعد الميعاد المقرر ، كان باطلا ، ومن ثم تسقط شفعة الشفيع (١) . ذلك أن كلا من المشتري والبايع خصم في دعوى الشفعة إذا أخذت بالتقاضى ، وطرف فيها إذا تمت بالتراضى . فالشفيع ، إذا ثبت له الحق في الشفعة ، يحل محل المشتري في مواجهة البايع ، فيكون له حقوق المشتري قبل البايع وعليه التزاماته نحوه ، ومن ثم كان هو طرفا في الشفعة والطرف الآخر هو كل من المشتري والبايع (٢) .

ويكون إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لكل من المشتري والبايع إعلانا رسميا على يد محضر ، وإلا كان باطلا ، كما تنص على ذلك صراحة للمادتان ٩٤٠ و ٩٤٢ / ١ مدني مائتا الذكر (٣) . فيوجه الشفيع الإعلان الرسمي إلى

(١) نقض مدني ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٣ ص ٢٠٠ - ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٣ ص ٥٤٦ - ٧ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٤ ص ١٢١ - ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٥ ص ٥١٦ - استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢٠ ص ٢٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٧ ص ٣٩٨ - محمد عل عرفة ٢ فقرة ٢٨٨ ص ٤٨٣ - ويصح للشفيع أن يوجه إعلانا واحدا لكل من البايع والمشتري ، كما يصح أن يوجه إليهما إعلانين مستقلين (استئناف مخطط ١٨ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٧ ص ٣٩٩) . وإذا كان طلب الشفعة نصفاً وأكله الشفيع بطلب لاحق ، فلا بد من إعلان الطلب اللاحق في الميعاد القانوني وإلا بطلت الشفعة ، لأن الطلب الذي قدم في الميعاد القانوني ناقص فلا يمتد به ، ولأن الطلب اللاحق الذي يكل الطلب السابق أعلن بعد الميعاد القانوني فلا يمتد به أيضاً (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤١٦) .

(٢) وإذا تمدد البائعون أو المشترون ، وجب إعلانهم جميعاً بطلب الشفعة في الميعاد القانوني . ومع ذلك قضت محكمة النقض بأنه إذا دفع ب سقوط حق الشفيع لعدم توجيهه إنذار الرغبة إلى جميع البائعين . فأجاب الشفيع حل ذلك بأنه لم يكن يعلم بصفات البائعين إلا عند تحرير صحيفة الدعوى ، ولذلك ذكر بها أسماهم وأماكنهم حل حقيقتها ، وكان المشتري لم يتعرض على هذه الصيغة بأى اعتراض ولم يوجه إليها أى بطن ولم يقدم أى دليل على عدم صحة هذه الإجابة ، فان أخذ المحكمة بها لا يكون خطأ في القانون ولا جرمياً في الاستغلال (نقض مدني ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجلة التشريع والقضاء ٥ رقم ٩١ ص ١٥٧ - وانظر محمد عل عرفة ٢ فقرة ٢٨٨ ص ٤٨٣) .

(٣) وقد قضت المادة ٩٤٠ مدني (انظر آتفاً فقرة ٢٠٣) بأن إعلان الرغبة يجب أن يوجه إلى كل من البايع والمشتري ، وإلا سقط حق الشفيع . وكانت المادة ١/١٤ من قانون الشفعة =

موطن كل من المشتري والبائع ، أى إلى المحل الذى يقيم فيه ، ولا يصح أن يوجه الإعلان إلى المحل الذى يباشر فيه عمله من تجارة أو حرفة . ذلك أن المادة ١١ مرافعات تقضى بتسليم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو فى موطنه ، وتقضى المادة ١/٤٠ مدنى بأن « الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة » . فيجب إذن إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة فى المكان الذى يقيم فيه عادة كل من المشتري والبائع . ولا يجوز إعلانه فى المكان الذى يباشر فيه المشتري أو البائع تجارته أو حرفته ، فإن هذا المكان لا يعتبر موطنه له إلا بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة (م ٤١ مدنى) (١) .

السابق تنص على أنه « يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن البائع والمشتري بطلبه كتابة على يد محضر » ، ولم ينص صراحة على السقوط . فذهب رأى إلى أن إفعال إعلان البائع بطلب الشفعة لا يؤول إلى سقوطها بحجة عدم النص صراحة على السقوط (أسبوط الكلية ١٣ يونيو سنة ١٩٣٧ المحل ٨ رقم ١٨٨ ص ٣٦٩ - وقارن نقض مدنى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ١ رقم ٧٣ ص ٢٠٠) ، ومن أجل ذلك نص التقنين المدنى الجديد فى المادة ٩٤٠ منه كما رأينا صراحة على سقوط حق الشفع . وذهب رأى كذلك ، فى عهد قانون الشفعة السابق ، إلى أن طلب الشفعة يجوز أن يكون بإعلان غير رسمى ولو بكتاب فى البزيد لنفس السب وهو عدم النص صراحة على السقوط فى المادة ١/١٤ من قانون الشفعة السابق (استئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٢٩ المحل ٩ رقم ٣٠٩ ص ٥١٤ - الإسكندرية الوطنية ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحل ١٠ رقم ٢٩٠ ص ٥٨١ - أسبوط الكلية ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحل ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ - استئناف مخطوط ١٤ يونيو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٢٧ - ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٩) ، ومن أجل ذلك نص التقنين المدنى الجديد فى المادة ١/٩٤٢ كما رأينا على بطلان الإعلان إذا لم يكن رسمياً . فقسم التقنين المدنى الجديد ، على هذا الوجه ، كل الخلافات التى كانت قائمة فى شأن هذين الأمرين (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٦ - محمد على حرفة ٢ فقرة ٢٨٨) .

(١) أنظر فى هذا المعنى محمد على حرفة ٢ فقرة ٢٨٦ ص ٤٨٠ - ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن المحل المقصود فى المادة السابعة من قانون المرافعات (القديم) هو المركز المنسوب إلى الشخص الذى يفترض أنه عالم بما يجرى فيه مما يتعلق بنفسه وأنه موجود فيه دائماً ولو غاب عنه بعض الأحيان . والمحل بهذا المعنى ، كما يجوز أن يكون محل سكن الشخص الذى يعيش فيه ، يجوز أن يكون محل عمله الذى يقوم فيه باستيفاء ماله وإيفاء ما عليه ، وإذا كانت المادة السابعة من قانون المرافعات (القديم) قد تحدثت عن خادم المعلن إليه أو اقاربه الساكنين معه ، فإن هذا معناه أن أحكام المادة المذكورة واجبة للتطبيق حين يكون الإعلان قد وجه إلى مسكن المراد إعلانه . وهو لا يبنى بحال أن الشارع لم يرد بالمحل إلا المسكن ، إذ لو كان ذلك مراد الشارع لكان سهلاً

وإذا أعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ^(١) على الوجه المتقدم الذكر ، ولم يمض في الإجراءات التالية لذلك ، كأن لم يودع الثمن خزانة المحكمة أو لم يرفع دعوى الشفعة في الميعاد القانوني على ما سنذكره ، فإن حقه في الشفعة يسقط . وإعلانه الرغبة في الأخذ بالشفعة لإرادة منفردة صادرة من جانبه ، فهي تصرف قانوني صادر من جانب واحد . وفي رأينا أن هذه الإرادة التي صدرت من جانب الشفيع هي العنصر الذي يستكمل به عناصر الأخذ بالشفعة ، وبمجرد إعلانها إلى كل من البائع والمشتري تتكامل هذه العناصر ، فيحل الشفيع محل المشتري إزاء البائع بحكم القانون ^(٢) . ومن ثم لا يجوز للشفيع أن يرجع في هذه الإرادة ويعدل عن طلب الشفعة بعد أن أعلن رغبته في الأخذ بها ، إلا برضاء المشتري ^(٣) . ولا بد من هذا الرضاء أيضا — ومن باب

= أن ينص على وجوب الإعلان في المسكن ، بدلا من أن ينص على وجوبه في المثل ، مع الفارق الواضح في مدلول اللفظين . وعلى ذلك يكون إنذار إظهار الرغبة التي أعلن في مكتب المقاولات صحيا (نقض مدني ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠) — وانظر محمد كامل مرسى ٤٠٧ قرة ٣ ص ٣٩٩ هامش ٣ .

ولكن جد بد حكم محكمة النقض أن صدر التفتين المدني الجديد يعرف الموطن بأنه والمكان الذي يقيم فيه الشخص عادة (م ٤٠ / ١ مدني) ، فأصبح الإعلان في غير هذا المكان لا يجوز ، إلا فيما يتعلق بتجارة الشخص أو حرفته فيكون الموطن عندئذ الذي يجوز إعلان الشخص فيه هو المكان الذي يباشر فيه الشخص التجارة أو الحرفة (م ٤١ مدني) .

(١) واشتال إعلان الرغبة على رأى الشفيع في بطلان عقد البيع لصوره وقت التفكير في الحبر على البائع أولا لأنه تناول أكثر مما يملك ، لا يزيل الآثار القانونية المترتبة على هذا الإعلان ، متى كان قد تضمن إبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة بصورة تكفي للتعبير عن نيته (نقض مدني ٢٧ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٢٠ رقم ٨١) .

(٢) أنظر آتفاً ص ٤٥١ . أما بالنسبة إلى الغير ، فلا بد من تسجيل الحكم الصادر بثبوت الحق في الشفعة ، أو تسجيل الورقة المثبتة للتراضي على الأخذ بالشفعة ، وسيأتي تفصيل ذلك . ويلاحظ أن حلول الشفيع محل المشتري باعلان الرغبة في الشفعة لا بد أن يكون خالياً من النزاع ، ولا يخلو من النزاع إلا بأحد أمرين : تسليم المشتري بالشفعة أو صدور حكم نهائي بها . ولكن كلا من تسليم المشتري والحكم بالشفعة لا ينشئ حق الشفيع في الحلول محل المشتري ، ولكن يكشف عنه ويحله خالياً من النزاع على الرأى الذي ذهب إليه فيما سبق . والحكم بالشفعة يقتضي رفع دعوى بالشفعة وقيده الدعوى في المواعيد القانونية ، ولا تكون الدعوى مقبولة إلا إذا أودع الشفيع الثمن خزانة المحكمة قبل رضاها .

(٣) وقد يقال إن الشفيع يستطيع المدول عن الأخذ بالشفعة بعد إعلان رغبته فيها عن طريق عدم إبداء الثمن أو عدم رفع الدعوى في الميعاد القانوني . وهذا صحيح ، ولكن يبقى

أولى - إذا رفع الشفيع دعوى الشفعة ، وأراد بعد ذلك العدول عن طلبها .
 أما الرأي الذى يقول بأن الشفيع لا يتم له الأخذ بالشفعة إلا بصدر حكم
 بثبوت حقه فى ذلك أو بالتراضى عليها مع المشتري ، وسيجىء بيان ذلك ،
 فانه يذهب بحكم منطقته إلى أنه يجوز للشفيع أن يعدل عن طلب الشفعة بعد أن
 أعلن رغبته فى الأخذ بها ، وذلك ما لم يقبل المشتري طلب الشفيع وبسلم له
 بالشفعة ويخطره بهذا القبول ، فعند ذلك لا يجوز للشفيع أن يرجع فى طلبه
 لحصول تعاقد صريح بين الطرفين لا يجوز الرجوع فيه إلا براض جديد (١) .
 ويصح للشفيع أن يستغنى عن إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة برفع دعوى
 الشفعة رأساً على كل من البائع والمشتري . ولكن يشترط فى ذلك أن تعلن
 عريضة الدعوى إلى كل من البائع والمشتري فى خلال خمسة عشر يوماً من يوم
 الإنذار بوقوع البيع حتى تصلح العريضة لأن تكون إعلاناً بالرغبة فى الأخذ
 بالشفعة حاصلًا فى الميعاد القانونى ، كما يشترط إيداع الثمن خزانة المحكمة قبل
 رفع الدعوى حتى يكون رفع الدعوى صحيحاً إذ تشرط الفقرة الثانية من
 المادة ٩٤٢ مدنى كما سئرى ، أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى
 بالشفعة (٢) . وعند ذلك محل إعلان عريضة الدعوى محل إعلان الرغبة فى
 الأخذ بالشفعة ، ويستطيع الشفيع بعد ذلك أن يمتنع فى الإجراءات (٣) .

« أنه ملزم بإرادته التى أعلنها بحيث لو سلم المشتري بالشفعة إثر إعلانه برغبة الشفيع فيها ،
 خلا حق الشفيع من النزاع وثبتت شفيعته ، حتى لو عدل عن الإرادة التى أعلنها .

(١) أنظر فى هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤١٧ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى محمد عل عرفة ٢ فقرة ٢٩٧ ص ٥٠٠ - ويذهب إلى أن قيد
 الدعوى بالمدلول يجوز أن يتم فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان صحيفة الدعوى ، لأن المشرع
 اشترط رفع الدعوى وقيدتها فى ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة (م ٩٤٣ مدنى) ،
 وبما أن إعلان صحيفة الدعوى قد تضمن فى نفس الوقت إعلان الرغبة فيكون من حق الشفيع أن
 يراضى فى قيد دعواه حتى يستنفذ هذا الميعاد (محمد عل عرفة ٢ فقرة ٢٩٧ ص ٥٠٠) . ونرى
 صحة ما يذهب إليه فى ذلك ، على أنه يلاحظ أن تقنين المرافعات قد عدل فى هذه المسألة ،
 فأصبح قيد الدعوى سبق إعلان صحيفة كما سئرى ، ومن ثم لا يتأتى الآن للشفيع أن يعلن صحيفة
 الدعوى قبل أن يقيد الدعوى .

(٣) استئناف مصر ١١ أبريل سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ١٦٣ ص ٥٤٦ - طنطا
 الكلية ١٦ يولية سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٩ ص ١٩ - ١٢ مايو سنة ١٩١٧
 المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٩ ص ٨ - مصر الكلية ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٢٧ -

ولكن إذا سلم المشتري عند بدء إجراءات الدعوى بشفعة الشفيع ، فإن الشفيع هو الذى يتحمل مصروفات الدعوى إذ يتبين أنه كان فى غنى عن رفعها (١) .

٢٠٦ - مبادئ عمل الرغبة فى الأخذ بالشفعة - نص قانونى : ويجوز

إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ولو قبل إنذار الشفيع بوقوع البيع ، فيستطيع الشفيع دون أن ينتظر هذا الإعلان ، وبمجرد علمه بوقوع البيع ، أن يبادر إلى إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من المشتري والبائع (٢) . بل يجوز للشفيع أن يجاوز مرحلة إعلان الرغبة إلى مرحلة رفع دعوى الشفعة رأساً ، بعد أن يودع الثمن خزانة المحكمة ، ويقدم إعلان عريضة الدعوى مقام إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة كما سبق القول (٣) .

ولكن إذا لم يوجد مبدأ للوقت الذى يجوز فيه للشفيع إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة غير وقت وقوع البيع ، فإنه توجد نهاية لهذا الوقت لا يستطيع الشفيع إذا جاوزها أن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة إعلاناً صحيحاً ، ومن ثم تسقط شفعته . فهو لا يستطيع أولاً أن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة ، إذا أنذره البائع أو المشتري بوقوع البيع ، إلا فى خلال خمسة عشر يوماً من هذا الإنذار . وهو لا يستطيع ثانياً أن يعلن هذه الرغبة ، إذا لم ينذره البائع أو المشتري بوقوع البيع ، إلا فى خلال أربعة أشهر من وقت تسجيل البيع . وهو لا يستطيع أخيراً إعلان هذه الرغبة ، إذا لم ينذر بالبائع ولم يسجل هذا العقد ، بعد خمس عشرة سنة من تمام عقد البيع لأن حقه فى طلب الشفعة يكون قد سقط بالتقادم . ونتناول هذه القروض الثلاثة على التعاقب :

-
- ص ٤٠٢ - أسبوط الكلية ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ - ١٣ يونيو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٨٨ ص ٣٦٩ - استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٥ - ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥٧ - ١٠ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٠٩ - ١٠ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٥٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٨ ص ٤٠٠ - شفيق شحاتة فقرة ٢٦٩ ص ٢٧٩ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٤٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٤ ص ٤٧٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٣ - وانظر آنفاً ص ٦٢٧ .
- (١) طنطا الكلية ١٦ يولية سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٩ ص ١٩ - مصر الكلية ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٢٧ ص ٤٠٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٨ .
- (٢) أنظر آنفاً ص ٦١٧ .
- (٣) أنظر آنفاً ص ٦٣٢ .

أولاً - إذا أُنذر الشفيع بوقوع البيع : رأينا (١) أن المادة ٩٤٠ مدقّق تنص على أنه « على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كلّ من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري ، وإلا سقط حقه . ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك » . فيجب إذن على الشفيع ، إذا أُنفره أى من البائع أو المشتري بوقوع البيع وأراد الأخذ بالشفعة ، أن يعلن رغبته إلى كلّ من البائع والمشتري في الأخذ بها في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ وصول الإنذار الرسمي إليه بوقوع البيع . وكانت المادة ٢/١٩ من قانون الشفعة السابق تقضي بأن يسقط حق الشفعة « إذا لم يظهر الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في ظرف خمسة عشر يوماً من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسمياً بإبداء رغبته سواء كان بناءً على طلب البائع أو بناءً على طلب المشتري . ويزاد على هذه المدة عند الاقتضاء ميعاد المسافة » (٢) . وكان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٤٠ من التّقين المدقّق الجديد موافقاً في حكمه لحكم المادة ٢/١٩ من قانون الشفعة السابق ، إذ كان يقضي بأن ميعاد الخمسة عشر يوماً يسرى من وقت إنذار الشفيع بوقوع البيع أو من وقت علمه بذلك . وقد حلفت لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عبارة « من تاريخ علمه بالبيع » ، فجعلت ميعاد الخمسة عشر يوماً يسرى من تاريخ الإنذار الرسمي وحده دون العلم بالبيع ، « إذ دلت التجارب على أن إثبات العلم بالبيع كواقعة مادية يثير كثيراً من الإشكالات والقضايا ، فحسباً لذلك رأت اللجنة أن تبدأ المدة من تاريخ الإنذار الرسمي وحده » . وأبدت لجنة مجلس الشيوخ وجهة النظر هذه ، إذ رأت حسماً للخلاف ومتناً للإشكالات أن تقتصر على أن الميعاد يبدأ من تاريخ الإنذار الرسمي ، لأنه تاريخ ثابت لا يحتمل التأويل » (٣) .

وعلى ذلك لا يعتد بعلم الشفيع بوقوع البيع ، كما كان يعتد به في قانون الشفعة السابق (٤) - ومهما أقام المشتري من دليل على علم الشفيع بالبيع وأثبت

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٣ .

(٢) أنظر آنفاً ص ٦٢٢ هامش ١ .

(٣) أنظر آنفاً ص ٦٢١ هامش ١ .

(٤) فإذا وقع بيع يجوز الأخذ فيه بالشفعة وحصل العلم به قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ،

أى قبل سريان التّقين المدقّق الجديد وفي أثناء سريان قانون الشفعة السابق ، سرى هذا القانون

على وجه التحقيق أنه علم به في وقت معين ، فان ميعاد الخمسة العشر يوما

= الأخير ، ووجب على الشفيع طلب الشفعة في خلال خمسة عشر يوماً من يوم إنذاره بالبيع أو من يوم علمه به . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان البيع سبب الشفعة قد انعقد في ظل قانون الشفعة القديم ، في حين أن طلب الشفعة قد بدأت إجراءاته في ظل القانون المدني الجديد ، فانه لا يوجب الحكم المعلوم فيه أن يكون أحال الدعوى إلى التحقيق لإثبات تاريخ العلم بالبيع ، ذلك أن العلم بالبيع كواقعة إنما يخضع في إثباته للقانون الذي كان سارياً وقت حصوله (نقض مدني ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٨٧ ص ٦٥٧) . وقضت أيضاً في نفس المعنى بأنه متى كان الثابت أن عقد البيع أساس الشفعة قد انعقد قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تاريخ العمل بالقانون المدني الجديد ، وحصل العلم به قبل هذا التاريخ كان قانون الشفعة القديم هو الذي يجب تطبيقه على إثبات علم الشفيع بالبيع . فيجوز للمحكمة في هذه الحالة بأن تقضى ، ولو بعد ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، بإحالة الدعوى على التحقيق ليثبت المشتري بكافة الطرق أن الشفيع علم بالبيع قبل ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، وأنه لم يبد رعبه في الأخذ بالشفعة في مدى خمسة عشر يوماً من تاريخ العلم . ولا يجوز لها أن تطبق في هذا الخصوص ما نصت عليه المادة ٩٤٠ من القانون المدني الجديد من أن الخمسة عشر يوماً لا تبدأ من تاريخ العلم بل من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجه إلى الشفيع من البائع أو المشتري ، لأن في هذا التطبيق إخلالاً بالقاعدة العامة وهي عدم سريان القانون على الوقائع السابقة على العمل به (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٢ ص ٥٧٨) . وانظر أيضاً نقض مدني ٤ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ١٨ ص ١١٧ - أما بالنسبة إلى سائر إجراءات الشفعة ، فقد استقر قضاء محكمة النقض على أن العبرة بالوقت الذي يقع فيه إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . فإن كان هذا الوقت سابقاً على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فقانون الشفعة السابق هو الذي يسرى على سائر الإجراءات التي تلي إعلان الرغبة ، وإن كان وقت إعلان الرغبة غير سابق على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالتقنين المدني الجديد هو الذي يسرى . أنظر نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٣١ ص ٨٧٦ - ٤ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ١٨ ص ١١٧ - وانظر ما يلي ص ٦٧٨ هامش ٣ .

وإذا طبق قانون الشفعة السابق فيما يتعلق بالعلم بالبيع فإن المقصود بالعلم هو العلم بإمكان عقد البيع ، أي العلم بالتفصيل بالبيع وبإثباته وبالشروط الأساسية له يمكن الشفيع من تقدير ما إذا كان يأخذ بالشفعة أولاً يأخذ بها (نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٣) . وقد قضت محكمة النقض بأن علم الشفيع بأركان البيع وحدها يوجب عليه المبادرة إلى طلب الشفعة في الميعاد الذي عينه القانون ، ولا يقبل منه في هذه الحالة إذا هو أغر الطلب من ميعاده الاعتذار بأنه ما كان يعلم هل اقترن البيع بشروط أم لم يقترن ، لأن الأصل في التصرفات أن تكون خالية من الشروط (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢٨ ص ٢٨٢) . ويسرى الميعاد من تاريخ العلم بالبيع ، لامن تاريخ العلم بالتسجيل ،

لا يسرى من هذا الوقت . ويستطيع الشفيع أن ينتظر ولا يطلب الشفعة حتى

= لأن الحق في الشفعة ينشأ عند تمام البيع لا عند تسجيله (استئناف غنطل ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٠٢ - ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢) ، ولأن تاريخ العلم بقرار المجلس الحسبي القاضي بالموافقة على بيع أطيان القاصر إذا وقع البيع بعد صدور هذا القرار (نقض ملف ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٣٣ ص ١١٠٧) . وتجب ملاحظة أن العلم المسقط لحق الشفعة هو العلم الواقعي لا العلم الافتراضي ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى بسقوط حق الشفيع بناء على أن إعلانه أحد البائنين برغبته في الأخذ بالشفعة وإدخاله في الدعوى كان بعد الميعاد القانوني مع علم الشفيع بأن هذا الذي أعلن به الميعاد كان من ضمن البائنين ، محصلاً قيام هذا العلم من كون الشركة التي يمثلها الشفيع كانت قد اشترت الأرض التي تشفع بها من هؤلاء البائنين أنفسهم ومنهم ذلك البائع ، ومن أن الشفيع عندما أعلن البائنين عدا البائع المذكور ذكر أنهم ورثة فلان وهذا البائع من هؤلاء الورثة ، وقائلاً إن تغيير شخص مدير الشركة طالبة الشفعة فيما بين البيع لها والبيع للشفيع منه لا يني سابق عليها لأن الشركة لها شخصية واحدة مستمرة ، وأن خطأها أو تقصيرها في الالتجاء إلى السجل لتسرف منه على وجه الثقة أسماء جميع البائنين يحملها تيجة السهو الذي ادعت حصوله في مسودة عقدها ونتج عنه سقوط اسم ذلك البائع الأخير ، فهذا الحكم يكون قد خالف القانون لانحرافه عن تحرى العلم الواقعي الذي يحتمه القانون إلى العلم الافتراضي الذي لا يكفي في هذا المقام (نقض ملف ٧ مارس سنة ١٩٢٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٤ ص ١٢١) . وانظر أيضاً أحكاماً أخرى لمحكمة النقض في مسألة العلم في مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول : نقض ملف ٨ يونيو سنة ١٩٤٤ ص ٧٢٢ رقم ٩٦ (لا يكفي إثبات علم الشفيع إذا كان تاريخ العلم غير معين بالضبط) - ٩ مارس سنة ١٩٥٠ ص ٧٢٢ رقم ٩٢ (علم الشفيع بأسماء بعض المشترين دون بعض يحمل الميعاد يسرى فيما يتعلق بالمشترين الذين علم بهم الشفيع - وفي هذا المعنى أيضاً ٥ نوفمبر سنة ١٩٥٣ ص ٧٢٢ رقم ٩٣) - ١٥ يونيو سنة ١٩٥٠ ص ٧٢٢ رقم ٩١ (استخلصت المحكمة استخلاصاً سائفاً عدم علم الشفيع بالبيع من أن الإنذار الموجه إليه بوقوع البيع خال من إسناد تاريخ علمه إلى تاريخ سابق على تاريخ الإنذار) - ٨ مايو سنة ١٩٥٢ ص ٧٢٣ رقم ٩٩ (علم زوج الشفيع وأولادها وهم يباشرون أعمالها قرينة على علم الشفيع نفسها) - ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ ص ٧٢٢ رقم ٩٥ (تحصيل العلم من كتاب موسى عليه مرسل للشفيع منضماً لأركان البيع وشروطه الأساسية) - ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ ص ٧٢٣ رقم ٩٨ (إثبات اطلاع الشفيع على عقد البيع يكفي لإثبات العلم) - أما إذا كانت واقعة العلم بالبيع قد حصلت وقت سريان التقنين المذني الجديد ، فأحكام هذا التقنين هي التي تسرى ، ولا يمتد بالعلم وإنما يمتد بالإنذار الرسمي بوقوع البيع . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا كانت واقعة العلم بالبيع مدعى بمحصلها في يوم ٥ من سبتمبر سنة ١٩٥١ ، فلازم ذلك معاملتها بحكم التقنين المذني الجديد النافذ اعتباراً من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . وإذا كان حق الشفيع في إعلان الرغبة في ظل هذا التقنين وطبقاً للمفهوم من نص المادة ٤٩٠ مرفق منه لا يسقط إلا بمعنى خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجه إليه البائع =

يصله الإنذار الرسمي بوقوع البيع ، ويبقى محتفظاً بحقه في طلب الشفعة المدة التي تفصل ما بين العلم بالبيع وتاريخ الإنذار الرسمي مهما طالت . فإذا ما وصله الإنذار الرسمي بوقوع البيع ، فعند ذلك فقط يسرى ميعاد الخمسة عشر يوماً ، ويتعين عليه إذا أراد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته في ذلك في خلال هذه المدة إلى كل من البائع والمشتري . وبحسب ميعاد الخمسة عشر يوماً وفقاً للقواعد المقررة في قانون المرافعات . فلا يحسب اليوم الذي يسلم فيه الشفيع الإنذار

= أو المشتري ، وكان المشتري لم يدع أنه قد وجه هو أو البائع هذا الإنذار إلى الشفيع ، فإن حقها في إعلان رغبها في الشفعة لا يسقط بالإقرار المنسوب إليها في إنذار الشفعة المقدم لشهر في ٦ من سبتمبر سنة ١٩٥١ بأنها علمت في اليوم السابق على ذلك بالبيع ، ويبدأ سريان ميعاد الرغبة في الأخذ بالشفعة من وقت الإنذار لا من وقت العلم (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ١١٧) .

ويقع عبء إثبات العلم بالبيع على المدعي عليه في دعوى الشفعة ، وله أن يثبت بجميع طرق الإثبات لأنه واقعة مادية ، ولكن لا يكفي مجرد جوار الشفيع لافتراض العلم (استئناف وطني ٢٥ مارس سنة ١٨٩٨ القضاء ٥ ص ٢١٨ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢٧ ص ٦٣ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٧ الاستقلال ٦ ص ٢٤٤ - استئناف مخطوط أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٥ - ٦ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٢ - ١٤ يونيو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٢٧ - ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٤ - ٥ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٧٤ - ٣٠ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٤٤) . وواقعة العلم مسألة موضوعية يستخلصها قاضي الدعوى من أدلة وقرائن يصح أن تؤدي إليها عقلاً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا دفع في دعوى الشفعة بسقوط الحق في رفضها لعدم توجيهها إلى جميع البائنين ، فطلب المدعي التأجيل لإدخال من لم توجه إليه منهم ، فأجابته المحكمة إلى طلبه ، فطلب صورة عقد البيع لمعرفة أسماء جميع البائنين ودفع رسم الصورة وحملت الصورة في التاريخ الذي ذكرته المحكمة في حكمها إلى وكيله في دعوى الشفعة بالذات ، ولكنه تأخر في إعلان باقي البائنين أكثر من شهرين من تاريخ تسليم وكيله الصورة ، فاستخلصت المحكمة من ذلك وغيره ما ذكرته في حكمها أنه كان يعلم بأسماء البائنين الباقيين من تاريخ تسليم وكيله أو بعد ذلك بزم وجيز ، فإن استخلصها ذلك سائق وفي حدود سلطتها (نقض مدني ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٣ ص ٢٠٠) . وإذا كان لا يكفي علم وكيل الشفيع بالبيع إذا كان الشفيع شخصياً بمجهل (استئناف مخطوط ٢٩ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٢١ - ٢ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٣) ، فإنه إذا رفضت المحكمة طلب الشفعة اعتياداً على أن الشفيع نفسه ، لا وكيله فقط ، قد علم بحصول البيع وسكت عن طلب الشفعة حتى انقضت المواعيد القانونية ، وذكرت في حكمها القرائن والدلائل التي اطأنت إليها في تكوين عقيدتها بقيام هذا العلم الشخصي ، فلا شأن لمحكمة النقض معها (نقض مدني ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٨ ص ١١٢٧) .

الرسمى ، وإلا كان الميعاد ناقصا . وقد نصت المادة ١/٢٠ مرافعات في هذا الصدد على أنه « إذا عين القانون للحضور أو لحصول الإجراء ميعادا مقدرا بالأيام أو بالشهور أو بالسنين : فلا يحسب منه يوم التكليف أو التنبيه أو حدوث الأمر المعتر في نظر القانون مجربا للميعاد . . . » (١) . وبحسب اليوم الأخير ، فيجب على الشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة بحيث يصل هذا الإعلان إلى كل من البائع والمشتري في ميعاد نهايته اليوم الخامس عشر من اليوم التالى لليوم الذى تسلم فيه الشفيع الإنذار الرسمى . وقد نصت المادة ١/٢٠ مرافعات في هذا المعنى على أن « . . . يتقضى الميعاد بانقضاء اليوم الأخير منه ، إذا كان ظرفا يجب أن يحصل فيه الإجراء . . . » (٢) . ونصت المادة ٦ مرافعات ، فى خصوص أن تكون العبرة بحصول الإعلان فعلا إلى البائع والمشتري لابتدائه إلى قلم المحضرين ، على أنه « إذا نص القانون على ميعاد حتمى لرفع دعوى أو طعن أو أى إجراء آخر يحصل بالإعلان ، فلا يعتبر الميعاد مرعيا إلا إذا تم إعلان الخصم خلاله » (٣) . وقد نصت العبارة الأخيرة من المادة ٩٤٠ مدنى ،

(١) وقد قضت محكمة النقض ، فى عهد قانون الشفعة السابق وبالنسبة إلى سريان الميعاد من وقت العلم بالبيع ، بأن المادة ١٩ من قانون الشفعة ، إذ نصت على أن إظهار الشفيع رغبته يكون فى خلال خمسة عشر يوماً من وقت علمه بالبيع ، لم ترد أن تجعل هذه الخمسة عشر يوماً تبتدىء من لحظة العلم بالبيع ، بل أرادت أن تجعلها تبتدىء من اليوم التالى لتاريخ العلم به (نقض مدنى ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٨ ص ٨٧٤) . وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٩٥ - وكانت محكمة استئناف مصر قد قضت على العكس من ذلك بأنه يجب حساب اليوم الذى حصل فيه العلم بالبيع داخلا فى مدة الخمسة عشر يوماً المقررة قانوناً لإبداء الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة وإلا سقط حقه فيها ، بغير اغتات إلى سعة العلم (استئناف مصر ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٢٩ ص ٤٨٩) .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٩٥ ص ٧٨٧ - وإذا أعلن واحد منهما فى الميعاد وأعلن الآخر بعد فوات الميعاد ، سقط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٤ ص ٧٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٣) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن العبرة فى انتهاء الميعاد هى بحصول الإعلان فعلا إلى البائع والمشتري ، لا بتسليم ورقة الإعلان لقلم المحضرين ، لأن نص المادة ١٤ (من قانون الشفعة السابق) صريح فى وجوب الإعلان ، والإعلان لا يكون بالتسليم لقلم المحضرين وإنما يكون بالطرق

كما رأينا ، على أن « يزداد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك » .
 والمفروض هنا أن يكون بين موطن الشفيع وموطن البائع أو موطن المشتري مسافة يحسب لها ميعاد ، إذ المطلوب أن يعلن الشفيع كلا من البائع والمشتري في موطنه ، فإذا بعد هذا الموطن عن موطن الشفيع يحسب لهذا البعد ميعاد المسافة الذي يقرره القانون (١) . وقد نصت المادة ٢١ مرافعات في هذا الصدد على أنه « إذا كان الميعاد معينا في القانون للحضور أو لمباشرة إجراء فيه ، زيد عليه يوم لكل مسافة مقدارها خمسون كيلو مترا بين المكان الذي يجب الانتقال منه وبين المكان الذي يجب الانتقال إليه ، وما يزيد من الكسور على ثلاثين كيلو مترا يزداد له يوم على الميعاد ، ولا يجوز بأية حال أن يتجاوز ميعاد المسافة أربعة أيام . ويكون ميعاد المسافة خمسة عشر يوما بالنسبة لمن يقع موطنه في مناطق الحدود (٢) » .
 فإذا بعد موطن المشتري عن موطن الشفيع بمقدار خمسين كيلو مترا أو ستين كيلو مترا أو سبعين كيلو مترا ، زيد ميعاد المسافة ، بالنسبة إليه ، يوما واحدا فيصبح الميعاد ستة عشر يوما . وإذا بعد موطن البائع عن موطن الشفيع بمقدار تسعين كيلو مترا أو مائة كيلو متر إلى مائة وثلاثين ، زيد الميعاد ، بالنسبة إليه ، يومين فيصبح سبعة عشر يوما . وإذا بعد موطن أى من البائع أو المشتري عن موطن الشفيع بمقدار مائتي كيلو متر أو أكثر ، زيد ميعاد المسافة ، بالنسبة إليه ، أربعة أيام فيصبح الميعاد تسعة عشر يوما . وإذا وقع اليوم الأخير

= المقررة في قانون المرافعات . يؤكد هذا النظر ما جاء في آخر الفقرة الثانية من المادة ١٩ (من قانون الشفعة السابق) من أنه « يزداد على هذه المدة (أى مدة الخمسة عشر يوما) عند انقضاء ميعاد المسافة » ، مما يقطع بأن المقصود بإظهار الرغبة هو بالإعلان أى بتسليم الورقة قلملمن إليه أو في محله على حسب الأصول المرسومة في القانون . فإنه لو كان يكفي مجرد التسليم لقلم المحضرين ، لما كان هناك محل للنص على ميعاد المسافة ، ولكان الشارع بين ما يجب على الشفيع اتباعه بعد هذا التسليم إذ التسليم بذاته ليس فيه أى إعلان للخضم . وإذن فالحكم الذى يبنى قضاءه على أن البرة في احتساب مدة إظهار الرغبة في الشفعة هي بم حصول الإعلان إلى البائع والمشتري ، لا بتقديم الورقة إلى قلم المحضرين ، يكون قد أصاب في تطبيق القانون (نقض مدنى ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٤ ص ٦١٦) . وانظر أيضاً نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٥ ص ٥١٦ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٢ ص ١٤٤ .
 (١) نقض مدنى ٢٥ يناير سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٣ ص ٣١٤ .
 (٢) وانظر المادة ٢٢ مرافعات في تحديد مواعيد المسافة لمن يكون موطنهم في الخارج .

من ميعاد الخمسة عشر يوماً فيما إذا لم تكن هناك مواعيد مسافة ، أو وقع اليوم الأخير من الميعاد مضموماً إليه مواعيد المسافة متصلة به اتصالاً مباشراً بحيث يكون هو وإياها ميعاداً واحداً متواصل الأيام ، في يوم عطلة رسمية ، امتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعدها ^(١) . وقد نصت المادة ٢٣ مرافعات في هذا الصدد على أنه : « إذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية ، امتد إلى أول يوم عمل بعدها » . فإذا ما انتهى ميعاد الخمسة عشر يوماً ، وكانت الأيام الأربعة التالية لانتهاؤه أيام عطلة ، وكان الواجب ضم يومين إلى الميعاد للمسافة ، فإن هذين اليومين يتصلان بالميعاد الأصلي اتصالاً مباشراً ، وينتهيان في نهاية اليومين الأولين من أيام العطلة . ولما كان اليوم التالي لانتهاهما هو يوم عطلة أيضاً وكذلك اليوم الذي يليه ، فإنه يجب إتمام إعلان طلب الشفعة في اليوم التالي مباشرة لانتهاه أيام العطلة الأربعة ^(٢) .

والميعاد ، ضمت إليه مواعيد مسافة أو لم تضم ، ليس مدة تقادم prescription بل مدة سقوط déchéance ، فيسرى حتى على الغائبين ومن كان غير أهل

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تبين أن محكمة الموضوع أعطت في احتساب الميعاد ، إذ لم تعد اليوم الثاني للعطلة ولم نصف إليه ميعاد المسافة ، تعين قبول هذا الدفع (نقض مدني ٢٥ يناير سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٣ ص ٣١٤) . وانظر أيضاً نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٣ ص ٣٧٣ .

(٢) ولا يقال إن ميعاد الخمسة عشر يوماً قد انتهى ، وتل انتهاه أيام عطلة فيتوقف سريان الميعاد ، ثم يستأنف السريان عقب انتهاء أيام العطلة لمدة يومين آخرين هما ميعاد المسافة ، فيكون للشفع عقب انتهاء أيام العطلة يومان لا يوم واحد . لا يقال ذلك ، فإن سريان الميعاد لا يتوقف في أيام العطلة بل يستمر ، فينقضي في أثنائها اليومان المعطيان للمسافة ، ويصادف انقضاؤهما يوم عطلة ، فيستد الميعاد إلى اليوم التالي لانتهاه أيام العطلة ، ولا يمتد إلى أكثر من ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأن ميعاد المسافة بحسب المادة ١٧ مرافعات (قديم) إنما هو زيادة على أصل الميعاد ، وكونه زيادة على الأصل يقيد بداهة أنه يتصل به مباشرة بحيث يكون هو وإياه ميعاداً واحداً متواصل الأيام . فإذا كان الميعاد ينتهي آخره وسط أيام عطلة تستمر من بعده ، وكان لصاحب الشأن ميعاد مسافة ، فإنه يأخذ هذا الميعاد متلاحقاً متصلاً مباشرة بأيام أصل الميعاد . وإن مبدأ القانون في شأن المواعيد أن العطلة غير موقفة لسريانها ، بل إنها تسرى في أثنائها . وكل ما أجازته بحسب مفهوم المادة ١٨ مرافعات (قديم) أن الميعاد إذا وقع آخره يوم عطلة ، فإنه يمتد اليوم التالي . فإن كانت الأيام التالية هي أيضاً أيام عطلة ، امتد الميعاد لأول يوم عمل بعد هذه العطلة (نقض مدني ٢٥ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٨ ص ٨٧٤) .

للتصرف ، ولا يقبل الانقطاع (interruption) ولا الوقف (suspension) (١)
 ثانياً - إذا لم ينذر الشفع بوقوع البيع أو كان الإنذار باطلا ، ولكن
 المشتري سجل عقد البيع : تنص المادة ٩٤٨ (ب) مدني على ما يأتي : « يسقط
 الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية : . . . (ب) إذا انقضت أربعة أشهر
 من يوم تسجيل عقد البيع . . . » (٢) . ويخلص من هذا النص أن الشفع ، إذا

(١) استئناف مخلف ٢٨ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة
 ٤١١ ص ٤٠٤ - ص ٤٠٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩٧ (ب) من المشروع اتمهيدى على الوجه
 الآتي : « . . . لا يجوز الأخذ بالشفعة في الحالتين الآتيتين : . . . (ب) إذا انقضت ثلاثة
 أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ، ويسرى هذا الميعاد حتى في حق ناقصي الأهلية والغائبين .
 وفي لجنة المراجعة حذف سريان مدة ثلاثة الأشهر في حق ناقصي الأهلية والغائبين اكفاء
 بالقواعد العامة ، وأضيفت حالة جديدة تضمن سقوط الحق في الأخذ بالشفعة إذا انقضت
 سنة كاملة عن وقت وضع يد المشتري على العقار المبيع ، وأصبح النص رقمه ١٠٢٢ (ب)
 و (ج) في المشروع النهائي . « ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠١٩ (ب) و (ج)
 وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت بعبارة «ثلاثة أشهر» في البند (ب) عبارة «أربعة أشهر» توخياً
 لتيسير ، وحذف البند (ج) المتعلق بسقوط حق الشفعة بانقضاء سنة من وقت وضع يد المشتري
 على العقار ، خشية أن يكون الحكم الوارد فيه محل إشكالات في المستقبل ، ولأن فائدته العملية
 تنضال كل انضال لإزاء نص البند (ب) ، ولأن هذا الحكم قد يؤدي إلى التلاعب بقصد إضاعة
 حق الشفع . وأصبح رقم النص ٩٤٨ (ب) . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته بلجته
 (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٢ - ص ٤٤٦) .

ويقابل النص المادة ٢٢ من قانون الشفعة السابق : يسقط الحق في الشفعة في سائر الأحوال
 بعد مضي ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ، وذلك بالنسبة لكافة الشفعاء ولو كان الشفع
 غير أهل للتصرف أو غائباً . (والمدة في قانون الشفعة السابق ستة أشهر ، وقد انقضت في التقنين
 المدنى الجديد إلى أربعة أشهر) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السوري : لا مقابل .

التقنين المدنى الليبي م ٩٥٢ (ب) : يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية :
 . . . (ب) إذا انقضت سنة من يوم قيد عقد البيع ، سواء كان الشفع حاضراً أو غائباً .
 (والمدة في التقنين الليبي ستة بدلا من أربعة أشهر في التقنين المصرى) .

التقنين المدنى العراق م ١١٣٤ (و) : لا تسمع دعوى الشفعة . . . (و) إذا انقضت
 ستة أشهر من يوم تمام البيع ، ويسرى هذا الميعاد حتى في حق المحجورين والغائبين . (والمدة
 في التقنين العراقى ستة أشهر من يوم تمام البيع ، ولكن البيع في التقنين العراقى يتم في
 دائرة الطابو ، في حين أن المدة في التقنين المصرى هي أربعة أشهر) .

لم يحصل علمه بوقوع البيع عن طريق الإنذار الرسمي السابق ذكره ، فالقانون يفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس أنه علم بالبيع إذا سجله المشتري ، إذ أن مهمة التسجيل هي شهر البيع . ولكن لما كان علم الشفيع بوقوع البيع ليس إلا علماً افتراضياً ، فقد أطال القانون المدة التي يتعين في خلالها أن يطلب الشفيع الشفعة ، فجعلها أربعة أشهر من وقت التسجيل (١) ، وقد كانت ستة أشهر في قانون الشفعة السابق ، وأنقصت في المشروع التمهيدي لنص المادة ٩٤٨ (ب) إلى ثلاثة أشهر (٢) ، ثم رقت إلى أربعة أشهر في لجنة مجلس الشيوخ ، واستقرت على ذلك في التقنين المدني الجديد (٣) . وقد يقال إن إسقاط حق الشفيع إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع دون أن يستعمل الشفيع هذا الحق يجعل من اليسر على المشتري إضاعة حق الشفيع ، فما عليه إلا أن يبادر إلى تسجيل البيع . وينتظر أربعة أشهر يحتمل كثيراً في أثناءها أن يبقى الشفيع جاهلاً بوقوع البيع ، فينقضي الميعاد دون أن يطلب الشفيع الشفعة ، فيسقط حقه فيها . ولكن يمكن الرد على هذا الاعتراض بأن المشتري قد لا يعلم على وجه محقق من هم الشفعاء حتى ينذرهم بوقوع البيع ، ولا بدري كذلك ما إذا كان حقه في الأخذ بالشفعة حقاً ثابتاً لا يتطرق إليه الشك . وبقاؤه كذلك في حال من القلق وعدم الاطمئنان لا يجوز أن يدوم وقتاً طويلاً . فتوخياً لاستقرار التعامل ، ولأن الشفعة حق استثنائي من شأنه أن يخل بحق

= قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٤٨ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : إذا لم يحصل استيفاء المبلغ في المادة السابقة (تبليغ الشفيع بوقوع البيع) ، يسقط حق الشفعة بعد مضي سنة من تاريخ تسجيل العقد في سجل العقارى ، وتبقى هذه المدة بحق فائدى الأهل والأقارب . وإن المدة المذكورة في هذه المادة وفي المادة السابقة لا تنقطع إلا بإقامة الدعوى بطلب الشفعة أمام محكمة محل وجود العقار الصالحة بحسب المثل المذكور في المذهب . (والقانون اللبناني يجعل المدة ستة بدلاً من أربعة أشهر في التقنين المصري) .

(١) بدلاً من خمسة عشر يوماً من وقت الإنذار الرسمي حيث يكون علم الشفيع بوقوع البيع علماً يقينياً لا علماً افتراضياً .

(٢) وكانت لجنة الأستاذ كامل صدق هي التي أنقصت المدة إلى ثلاثة أشهر : إذ استطلع رئيس اللجنة رأى الأعضاء فيما إذا كانوا يقرون اقتراحه بتخفيض مدة ستة الأشهر إلى ثلاثة فقط ، وذلك لكي لا يظل مركز المشتري قلقاً أمداً طويلاً . فوافقت اللجنة على اقتراح الرئيس (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٣ في الملامح) .

(٣) أنظر آنفاً ص ٦٤١ هامش ٢ .

المالك في التصرف في ملكه لمن يريد ، جعل المشرع سيلا يسرا للمشتري يطمئن معه إلى سقوط حق الشفعة وإلى أن الصفقة التي عقدها قد خلصت له على وجه حاسم . وسيله إلى ذلك أن يسجل عقد البيع ، فإذا انقضت أربعة أشهر من يوم التسجيل دون أن يطلب أحد الشفعة ، اطمأن المشتري إلى صفقته ، وأيقن أن العقار الذي اشتراه أصبح بمنجاة من أن يأخذه أى شفع بالشفعة . هذا إلى أن الشفع يكون عادة جاراً للبائع أو شريكاً له ، فإذا باع هذا عقاره فالغالب أن يشعر الشفع بذلك ، فإذا أراد التثبت من وقوع البيع فما عليه إلا أن يكشف عن العقار في سجلات الشهر العقاري فيجد البيع مسجلاً فيها ، وله أربعة أشهر من يوم التسجيل يستطيع في خلالها أن يطلب الشفعة .

وميعاد الأربعة الأشهر ميعاد سقوط لا ميعاد تقادم ، فلا ينقطع ولا يقف ويسرى في حق الغائبين وغير كاملي الأهلية (١) . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٩٤٨ (ب) مدنى يشتمل على نص صريح في هذا المعنى ، فحذف في لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة (٢) . ويسرى الميعاد من اليوم التالى مباشرة لليوم الذى حصل فيه التسجيل (٣) حتى لا يكون ناقصاً ، وتحسب الشهور

(١) استئناف مخطوط ٣ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١١٦ - ٩ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٣٦ - وإذا طالب الشفع المشتري باستحقاقه للأرض المبيعة لسبب آخر غير الشفعة ورغب عليه دعوى الاستحقاق ، فإن مواعيد انشفة تبقى معلقة في أثناء دعوى الاستحقاق ، حتى إذا بت في هذه الدعوى لصالح المشتري ، عادت مواعيد الشفعة إلى السريان (استئناف مخطوط ١٨ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٣٨ - ٣١ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣١١) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٤٦ ص ٥٢٥ هاش ٣ - محمد على عرق ٢ فقرة ٣٥٤ ص ٥٨١ .

(٢) أنظر آنفاً ص ٦٤١ هاش ٢ .

(٣) ولا يسرى الميعاد من يوم تسجيل صحيفة دعوى حصة التعاقد المرفوعة من المشتري على البائع في شأن البيع المشفوع فيه . وقد قضت محكمة النقض بأن ميعاد سقوط حق الشفع في الأخذ بالشفعة المنوّه عنه في المادة ٢٢ من قانون الشفعة (القديم) يبدأ من يوم الحكم بصحة عقد البيع ، لأن يوم تسجيل صحيفة الدعوى (نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض إلى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٢٤) . وقضت بأنه إذ كانت المادة ٢٢ من قانون الشفعة صريحة في النص على سقوط الحق في الشفعة بمضى ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ، وإذا كان النص على سقوط حق إذا لم يستعمل في مدة معينة يجب التزام حدوده ، فإن الحق في الشفعة لا يسقط بمضى ستة أشهر على تاريخ صحيفة الدعوى المرفوعة بشأن عقد شراء الأحيان المشفوع فيها ، سواء أكانت هذه الدعوى دعوى حصة تعاقد أم حصة توقيع (نقض مدنى ١٣ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٠٩ ص ٤٢٥) . وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف مخطوط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٣٣ .

الأربعة بالتقويم الميلادي إذ لا يوجد نص على خلاف ذلك (م ٣ مدني وم ٣/٢٠ مرافعات) ^(١) . فإذا تم التسجيل مثلاً في اليوم الأخير من شهر أكتوبر سنة ١٩٦٧ (٣١ أكتوبر سنة ١٩٦٧) ، وجب على الشفيع أن يطلب الشفعة في ميعاد غايته اليوم الأخير من شهر فبراير سنة ١٩٦٨ (٢٩ فبراير سنة ١٩٦٨) ، أي أن طالب الشفعة يتم إعلانه لكل من البائع والمشتري في هذا الميعاد. وإذا كان اليوم الأخير لطلب الشفعة يوم عطلة ، امتد الميعاد إلى أول يوم من أيام العمل إلى انتهاء العطلة ، وكل ذلك على التفصيل الذي قدمناه في ميعاد الخمسة عشر يوماً من يوم إنذار الشفيع بوقوع البيع . فإذا لم يطلب الشفيع الشفعة في الميعاد على الوجه المتقدم الذكر . كان للمشتري أن يتمسك بسقوط الحق في الشفعة ^(٢) وليس عليه إلا أن يثبت أن البيع قد سجل وأنه قد مضى على تسجيله أربعة أشهر من غير أن يستعمل الشفيع حقه ^(٣) . فليس عليه أن يثبت أن الشفيع

(١) وقد جرت الأحكام ، في عهد قانون الشفعة السابق ، على حساب ميعاد السنة الأشهر بحسب التقويم الهجري . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا سجل عقد البيع في ٢ من ربيع الأول ، فإن دعوى الشفعة المرفوعة في ٣ من رمضان تكون جائزة (استئناف مصر ٨ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٢٢ ص ٨٧٠) . وانظر استئناف مخطط ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ م ٢٣ ص ٢٢٣ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ١٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥٥ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٥٤ ص ٥٨٢ .

(٢) والمحكمة أيضاً أن تقضى بسقوط الحق في الشفعة من تلقاء نفسها . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن الشرط المترتب على انقضاء ستة أشهر (الآن أربعة أشهر) من تاريخ التسجيل مبني على علم افتراضي لاشتقاق الشارع من التسجيل وفرضه على كافة الشفعاء ، فلمحكمة أن تضيف هذا السبب الافتراضي حتى لو سكت صاحب الشأن عن إيداعه إذا كانت الأوراق ناطقة بوجوده . وليس على المحكمة في هذه الحالة إلا أن تنبه الخصوم إلى ما استظهرته من الأوراق ليستبينوا موقفهم ويستوفوا دفاعهم (نقض مدني ٨ يناير سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ١٠٧ ص ٣٨١) . وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٥٤ ص ٥٨١ .

ويمكن القول بوجه عام إن سقوط الشفعة بسبب انقضاء مواعيدها (١٥ يوماً من يوم الإنذار الرسمي و ٤ شهور من وقت تسجيل البيع و ٣٠ يوماً لإيداع الثمن خزانة المحكمة ولرفع دعوى الشفعة) هو من النظام العام ، فلمحكمة أن تقضى بسقوط الشفعة من تلقاء نفسها ، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى ، وحتى لو تنازل صاحب الحق صراحة عن التمسك بالسقوط . أنظر في هذا المعنى أسيوط الكلية ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٥٨٧ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٥٢ .

(٣) والشفيع هو الذي يثبت أنه استعمل حقه في طلب الشفعة . فإذا استعمل حقه في خلال أربعة أشهر ، ولكنه أخطأ في بعض البيانات خطأ لم يكن من شأنه أن يوقع المشتري في أي-

قد علم بالبيع ، إذ القانون يفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس كما قدمنا أن الشفع قد علم بالبيع ما دام أنه قد سجل (١) .

هذا وقد كان المشروع النهائي للمادة ٩٤٨ (ب) مدني يشتمل على حالة أخرى لسقوط حق الشفعة أضافتها لجنة المراجعة ، وهي انقضاء سنة كاملة من وقت وضع يد المشتري على العقار دون أن يطلب الشفع الشفعة ، علم بوقوع البيع أو لم يعلم . ولكن هذه الحالة قد حذفت في لجنة مجلس الشيوخ ، لأنها قد تؤدي إلى إشكالات في العمل في إثبات وضع اليد مماثلة للإشكالات التي كان لإثبات العلم بالبيع يثيرها في عهد قانون الشفعة السابق ، ولأن سقوط حق الشفعة

ليس ، فإن تصحيح هذا خطأ فيما بعد لا يعد طلباً جديداً . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا رفع الشفع دعواه بطلب انشفة في الألبان المبيعة ، ثم تبين أنه خطأ في البيانات التي أوردتها في صحيفة الدعوى عن حدود هذه الألبان ورقم القطعة من الحوض الواقعة فيه ، فعدل طلباته بما يتفق والبيانات الصحيحة ، وكان دفاع المشتري يفيد أنه قد اعتبر الدعوى مرفوعة من بادي الأمر بطلب الشفعة في هذه الألبان فلم يلتبس عليه الأمر بالرغم مما لا يس ألبان التي أوردتها الشفع في صحيفة الدعوى من أخطاء لم تؤثر على مآلاتق عنده قصد الشفع من دعواه وفهم المشتري لها ، فإن الحكم يكون معيماً إذا قضى بسقوط حق الشفع في الشفعة تأسيساً على أن تعديل الطلبات في هذه الحالة يعتبر رفماً للدعوى بطلبات جديدة تخالف الطلبات الواردة في صحيفة افتتاح الدعوى وأن هذا التعديل جاء بعد مضي أكثر من أربعة أشهر من تاريخ عقد تسجيل البيع (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٩٧٩) .

(١) نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٤ ص ١٢١ - وإذا اتفق البائع والمشتري على تجزئة الصفقة ، فيشتري هو جزءاً من الأرض ويشتري صهره الجزء الآخر بحيث تتوافر في أي من الجزأين مسوغات الأخذ بالشفقة ، فإن الصفقة تعتبر صفقة واحدة ، ولا محل لتسلك بانقضاء سنة أشهر (الآن أربعة) على تسجيل عقد الجزء الأول من هذه الصفقة ، إذ لا يجوز هذا التمسك مع ثبوت التحايل عن طريق تجزئة الصفقة (استئناف مصر ٧ يونيو سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٨٥ ص ١٥٢) . وقد أقرت محكمة النقض هذا الحكم ، وقضت بأنه وإن كانت المادة ٢٢ من قانون الشفعة تنص على سقوط حق الشفعة في سائر الأحوال بعد مضي ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع . . . ، فإن محل ذلك ألا يكون هناك تحيل بقصد الهروب من أحكام القانون وبأن استخلاص المحكمة من ظروف الدعوى ووقائعها أن المشتري قد أراد بتجزئة الصفقة التي اشتراها التحيل لمنع من له أن يشفع فيها من أخفها بالشفقة هو من أمور الموضوع التي يفصل فيها قاضي الدعوى دون مقبب عليه (نقض مدني ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٤ ص ٦٨٩) . أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٤٤ ص ٥٢٤ هامش ٢ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٥٥ .

بانقضاء أربعة أشهر على تسجيل البيع يغنى عن هذه الحالة الجديدة ، ولأن هذا الحكم قد يؤدي إلى التلاعب بقصد إضاعة حق الشفع (١) .

ثالثاً - سقوط دعوى الشفعة بالتقادم المسقط بانقضاء خمس عشرة سنة :
ونفرض الآن فرضاً ينذر وقوعه ، هو أن المشتري لم ينذر الشفع بوقوع البيع ، ولم يسجل في الوقت ذاته عقد البيع ، وعلى ذلك لا تسقط الشفعة بانقضاء خمسة عشر يوماً من يوم الإنذار بوقوع البيع لأن هذا الإنذار لم يصدر ، ولا بانقضاء أربعة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع لأن هذا العقد لم يسجل . وقد قدمنا أن التفتين المدني الجديد لا يسقط الشفعة بانقضاء مدة معينة من وقت علم الشفع بالبيع كما كان يسقطها قانون الشفعة السابق ، فإذا علم الشفع بوقوع البيع من غير طريق الإنذار الرسمي فإنه يبقى محتفظاً بحقه في طلب الشفعة . ويبقى محتفظاً بهذا الحق ، ما لم يصدر منه ما يفيد نزوله عنه ولو ضمناً ، وقد يؤثّر طول سكوته عن استعمال الحق مع علمه بوقوع البيع مقترناً بظروف أخرى بأنه نزول ضمن عن الحق . فإذا لم يستخلص هذا النزول الضمني من الظروف والوقائع ، فلا مناص من القول بأن الشفع يبقى محتفظاً بالحق في طلب الشفعة ، وله أن يعلن هذا الطلب إلى كل من البائع والمشتري ، وأن يرفع بعد ذلك دعوى الشفعة بعد أن يودع الثمن خزانة المحكمة . ويبقى هذا الوضع قائماً إلى أن تنقضي خمس عشرة سنة من وقت تمام البيع المشفوع فيه ، وعندئذ يسقط حق الشفع في رفع دعوى الشفعة بالتقادم المسقط ، شأن دعوى الشفعة في ذلك شأن سائر الدعاوى التي تسقط بخمس عشرة سنة . وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة في شأن التقادم المسقط (٢) .

٢٠٧ - **تسجيل أعماله الرغبة في التمتع بالشفعة** : رأينا (٣) أن الفقرة الأولى من المادة ٩٤٢ مدني تنص على أن « إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسمياً ، وإلا كان باطلاً . ولا يكون هذا إلا إعلان حجة على الغير

(١) أنظر آنفاً ص ٦٤١ هامش ٢ .

(٢) أنظر في هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٥٠ - إسماعيل غانم ص ٨٦ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٣١٤ ص ٤٧٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٤ - حسن كبيرة ص ١٦ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٥ .

إلا إذا سجل . ويخلص من هذا النص أن تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ليس إجراء ضروريا من إجراءات الشفعة ، وإنما هو طريق لحمل هذا الإعلان حجة على الغير . فيستطيع الشفيع بعد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ألا يسجل هذا الإعلان ، ويمضى في إجراءات الشفعة التالية فيودع الثمن خزانة المحكمة ويرفع دعوى الشفعة ويستصدر حكما بثبوت حقه في الشفعة ، ولا يمنعه من ذلك أن إعلان طلب الشفعة لم يسجل . ولكنه في هذه الحالة يعرض نفسه لخطر تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه ، ويصبح هذا التصرف نافذا في حق الشفيع ما دام قد صدر قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة ، حتى لو صدر بعد ذلك حكم يقضى بثبوت حق الشفعة للشفيع . فيجدر إذن بالشفيع ، إذا أعلن رغبته في الأخذ بالشفعة لكل من البائع والمشتري ، أن يبادر إلى تسجيل هذا الإعلان في مكتب الشهر العقاري الكائن بدائرته العقار المشفوع فيه ، وبذلك يأمن من تصرفات المشتري التي تصدر بعد هذا التسجيل ، إذ تصبح غير نافذة في حقه . وقد نصت المادة ٩٤٧ مدني في هذا المعنى على أنه « لا يسرى في حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أى بيع صدر من المشتري ولا أى حق عيني رتبته أو ترتب ضده ، إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة في الشفعة . ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار » . وسيجىء تفصيل ذلك عند الكلام في آثار الأخذ بالشفعة .

وليس هناك ميعاد لتسجيل إعلان طلب الشفعة ، فيصح أن يتم التسجيل في أى وقت ، حتى بعد رفع دعوى الشفعة . ولكن إذا تأخر الشفيع في تسجيل الإعلان ، فانه يعرض نفسه كما قدمنا لخطر أن يصدر من المشتري تصرف في العقار المشفوع فيه قبل تسجيل الإعلان فيصبح هذا التصرف نافذا في حق الشفيع

وهناك أمر آخر يجعل لتسجيل إعلان طلب الشفعة أثرا له أهميته . فقد قدمنا (١) أن المشتري إذا باع العقار المشفوع فيه لمشتري ثان قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة ، فان هذا البيع الثانى يكون نافذا في حق الشفيع ، وينسخ البيع

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٧٢ .

الأول من ناحية الأخذ بالشفعة . ويتعين على الشفيع عندئذ أن يطلب الشفعة في البيع الثاني في مواعيده وبشروطه (م ٩٣٨ مدنى) ، وتبطل الإجراءات التى يكون الشفيع قد باسرها للأخذ بالشفعة في البيع الأول . ومن ثم يكون من مصلحة الشفيع أن يبادر إلى تسجيل إعلان طلب الشفعة ، حتى يحدد بهذا التسجيل البيع المشفوع فيه ، فيمضى في الإجراءات بالنسبة إلى هذا البيع وهو آمن من تعاقب البيوع وما يستتبع هذا التعاقب من نسخ البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة وما يترتب على ذلك من بطلان الإجراءات التى يكون قد اتخذها في شأن هذا البيع . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا باع العين مشترىها بعد تقديم طلب الشفعة وتسجيله ، فإن دعوى الشفعة تقام على المشتري الأول بالشروط التى اشترى بها (١) .

المطلب الثانى

إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة وصرور حكم بثبوت الحق فيها

٢٠٨ - المرحلة الثانية من إجراءات الشفعة تشمل على خطوتين :

بعد أن فرغنا من المرحلة الأولى من إجراءات الشفعة وهى مرحلة إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، تنتقل إلى المرحلة الثانية من هذه الإجراءات . وهذه المرحلة الثانية تشمل على خطوتين : (١) إيداع الثمن خزانة المحكمة . (٢) رفع دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها .

§ ١ - إيداع الثمن خزانة المحكمة

٢٠٩ - نص قانونى : تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ مدنى على

ما يأتى :

« وخلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان (إعلان طلب الشفعة) ، يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى

(١) نقض مدنى ٦ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٤ ص ٨٦٤ - وانظر

محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤١٨ - فقرة ٤١٩ - محمد على حرفة ، فقرة ٢٩١ .

بالشفعة . فان لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم ، سقط حق الأخذ بالشفعة « (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢/١٣٩٠ من المشروع التمهيدى على الوجه

الآتى : « وفى ظرف خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ ذلك الإعلان ، وفى أى حال قبل رفع الدعوى بالشفعة ، يجب أن يودع بخزينة المحكمة الكائن فى دائرتها المقار مبلغ يساوى على الأقل ثلث الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع » . وفى لجنة المراجعة عدل النص بجعل المبلغ الواجب إيداعه هو كل الثمن الحقيقى لا ثلثه فقط ، وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المبنى الجديد فيما عدا أن ميعاد الإيداع بقى خمسة عشر يوماً ، ووافقت عليه اللجنة بهذا التعديل تحت رقم ٢/١٠١٥ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب ، صرف النظر عن إيداع الثمن « اكتفاء بمرضه عند إعلان عريضة دعوى الشفعة ، وهذا العرض كاف لضمان جدية الدعوى ، وهو لا يعطل فى الوقت ذاته استغلال المال فيما إذا وجب إيداع الثمن » . وعلى ذلك حذف هذا النص واستبدل به نص أضيف إلى المادة التالية يجرى على الوجه الآتى : « ويجب أن تكون عريضة الدعوى مصحوبة بالثمن الحقيقى الذى حصل به البيع مخصوصاً منه قيمة ما قد يكون المقار المشفوع فيه مثقلاً به من حقوق عينية » . « وقد رأت اللجنة إدخال هذا التعديل لتوجب عرض الثمن عرضاً حقيقياً لضمان جدية الدعوى ، ولا يعقب هذا العرض إيداع حتى لا يتعطل المال عن الاستغلال - فالمشترى وشأنه ، إذا شاء قبض الثمن ، وإلا عاد المال إلى الشفيع بعد هذا العرض الحقيقى . وقد رأت اللجنة أن يكون هذا العرض عند إعلان عريضة الدعوى لا عند إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، حتى يتسع الوقت للشفيع فى تدبير الثمن وفى الكشف عن المقار المشفوع فيه لمعرفة ما إذا كانت هناك حقوق عينية تثقله فتخصم من الثمن الذى يدفعه الشفيع » . ووافق مجلس النواب على هذا التعديل . وعرض النص على لجنة مجلس الشيوخ ، وقد ورد فى محضرها ما يأتى : « ولما كان مجلس النواب قد حذف من هذه المادة فقرة كان رقمها ٢ وكانت تتضمن حكماً خاصاً بإيداع الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ووقت الإيداع والجزاء على مخالفته ، ولما كان المجلس أيضاً قد ضمن انقطة الأولى من المادة ١٠١٣ ذلك الحكم وعدله من إيداع إلى عرض حقيقى لثمن الذى يبيع به المقار المشفوع فيه ، فإن اللجنة ، أثناء المناقشة فى المادة ١٠١٣ وفى العرض الحقيقى للثمن ومداه وهل العرض يكون للثمن المذكور فى العقد أو الثمن الذى يتقدم الشفيع أنه الحقيقى وما يترتب على عرض الشفيع لثمن الحقيقى وإيداع الفرق بينه وبين الثمن المذكور فى العقد ، رأت بعد أن عرضت عليها جملة اقتراحات ظهر بعد تحليلها أنه يرد عليها اعتراضات أن أسلم وسيلة هو إيداع كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ، لأن الإيداع يحفظ بحقوق الدائنين المسجلين وحق البائع فى باقى الثمن إذا لم يكن قد دفع له . وقد ترتب على ذلك إعادة الفقرة ٢ التى حذفها مجلس النواب إلى المادة ١٠١٢ » . ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل . ثم تقدم إلى اللجنة اقتراح من بعض مستشارى محكمة النقض يرمى إلى الاكتفاء بعرض الثمن دون الإيداع ، وإلى أنه إذا روى ضرورة إيداع الثمن فيكون الحكم بسقوط الشفعة فى حالة عدم الإيداع جوازياً للقاضى . فلم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح « لأنها اتجهت إلى تنقيح الشفعة لتوفيق بين رأى القائلين بإلغاء هذا النظام ورأى القائلين بإبقائه ، واشترط إيداع الثمن مظهر من -

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادة ١/١٤ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٢/٩٤٦ - وفي التقنين المدني العراقي
م ١١٤٠ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٤٩ (٢) .

ويخلص من هذا النص أنه يجب على الشفع لإيداع كل الثمن الحقيقي الذي
حصل به البيع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه ، وذلك في

= مظاهر التقيد . ثم إن جعل الحكم يسقط الحق في الشفعة جوازياً لقاضي عند عدم الإيداع
لا يستجيب لما ينبغي في المعاملات من استقرار . على أن اللجنة رأت أن مدة الخمسة عشر يوماً
التي يجب أن يتم فيها الإيداع قصيرة ، فجعلتها ثلاثين يوماً توخياً للتيسير . فأصبح النص
مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ٢/٩٤٢ . ثم
وافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بلته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٠ - ص ٤٢٥
و ص ٤٢٨) .

(١) قانون الشفعة السابق م ١/١٤ : يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع
والمشتري طلبه لما كتابة على يد محضر ، ويكون هذا الإعلان مشتملاً على عرض الثمن وملحقاته
الواجب دفعها قانوناً . (وقانون الشفعة السابق كان يكتفى بعرض الثمن وملحقاته ، دون إلزام
الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكمة) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : لا مقابل .

التقنين المدني الليبي : م ٢/٩٤٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : م ١١٤٠ : على الشفع عند دفعه الدعوى بالشفعة أن يودع
صندوق المحكمة التي يوجد لعقار المشفوع في دائرتها مبلغاً يساوي نصف الثمن الحقيقي الذي حصل
به البيع . فإن لم يتم الإيداع ، سقطت شفعته . (والتقنين العراقي يوجب إيداع نصف الثمن ،
لاكل الثمن كما يوجب ذلك التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٤٩ (عدلت بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : لا يمكن
استعمال حق الشفعة إلا بشرط أن يقوم صاحبه بتعويض المشتري تعويضاً تاماً . وهذا التعويض
يشمل : ١ - ثمن المبيع الذي يجب عرضه وإيداعه فعلياً يوم تقديم طلب الشفعة على الأكثر ،
إلا إذا كان العقد المسجل ينص على تأجيل الدفع . ٢ - نفقات العقد ، التي تشمل رسوم
التسجيل الرسمية ويدل السمسرة على ألا يزيد هذا البدل على البدل المعين بالتعريف القانونية .
٣ - بدل التأمين الطارئ على العقار بفعل المشتري ، دون الالتفات إلى التحسين الاقتصادي
الناجم من تقلب الأسعار . (والقانون اللبناني يوجب إيداع الثمن يوم تقديم طلب الشفعة ، ما لم
يكن الثمن مؤجلاً فلا يجب الإيداع . ولكن الشفع لا يستفيد من الأجل فيما به إلا إذا رأت
المحكمة ذلك لقاء الضمانات التي تراها لازمة : أنظر م ٢/٢٥٣ من نفس القانون) .

خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان طلب الشفعة وقبل رفع دعوى الشفعة . وهذا الإيداع على الوجه المتقدم الذكر ضرورى ، فإن لم يقم به الشفيع سقط حقه فى الأخذ بالشفعة .

ومسألة إيداع الثمن مرت بتطورات تشريعية متعاقبة ، حتى استقرت فى التقنين المدنى الجديد على الوجه السابق بيانه . وكذلك الأمر فيما يتعلق بوقت الإيداع . ثم إن الذى يجب إيداعه هو كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع كما تقدم القول ، حتى لو كان الثمن مؤجلا فيما بين البائع والمشتري أو كان المشتري لم يدفع للبائع إلا جزءا منه فقط . أما ملحقات الثمن ، وأما المصروفات الضرورية والنافعة التى انفقها المشتري ، فلا يجب على الشفيع إيداعها . وجزاء مخالفة الشفيع لالتزامه بإيداع الثمن على هذا الوجه هو ، كما قدمنا ، سقوط شفيعته .

فعلينا إذن أن نبحث ، فى صدد إيداع الثمن ، المسائل الآتية : (١) تطور التشريع فى شأن إيداع الثمن . (٢) وقت الإيداع ومكانه . (٣) ما الذى يجب إيداعه : كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع . (٤) إيداع كل الثمن ولو كان مؤجلا أو لم يدفع المشتري إلا جزءا منه فقط . (٥) ملحقات الثمن . (٦) المصروفات الضرورية والنافعة . (٧) جزاء مخالفة المشتري لالتزامه بإيداع الثمن .

٢١٠- تطور التشريع فى شأن إيداع الثمن : لم يكن قانون الشفعة السابق

واضحا وضوحا كافيا فى هذه المسألة ، فقد كانت المادة ١/١٤ منه تنص على أنه « يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشتري طلبه لها كتابة على يد محضر ، ويكون هذا الإعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانونا » . فعرض الثمن وملحقاته كان واجبا ، فى قانون الشفعة السابق ، وقت إعلان طلب الشفعة . واختلف الفقهاء والقضاء ، فى عهد هذا القانون ، فيما هو المقصود بالعرض . فذهب رأى إلى وجوب العرض الحقيقى المقترن بالإيداع والمبرىء للذمة^(١) ، ولكن الرأى الذى

(١) استئناف وطنى ٢٨ مايو سنة ١٩١١ : المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٢٣ ص ٢٤٢ -

٢٤ أبريل سنة ١٩١٢ : المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٠٨ ص ٢١٩ - ٢٨ أبريل سنة ١٩١٢ -

المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٠٨ ص ٢٢١ - ٢١ أبريل سنة ١٩١٣ : السرائر ١ رقم ٤٢ ص ٢٨ -

تغلب (١) ، وأخذت به محكمة الاستئناف في دوائرها المجتمعة (٢) ، ومن بعدها محكمة النقض (٣) ، هو أن العرض الواجب هو العرض البسيط أى مجرد إظهار الشفع استعداده للدفع الثمن والملحقات في إعلان طلب الشفعة .

= ٨ مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١٠٢ ص ١٤٧ - ٧ يناير سنة ١٩١٩ الحقوق ٣٥ رقم ٤٧ ص ١١٥-١٨ فبراير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٠٦ ص ١٦٩ - ٥ فبراير سنة ١٩٢٢ الحاماة ٢ رقم ١٠٠ ص ٣١٥ - طنطا الكلية ٧ مايو سنة ١٩٠٤ الحقوق ١٩ ص ٩٨ - ٢٢ أكتوبر سنة ١٩١٩ الحاماة ١ رقم ٢١ ص ١٣٩ - ١٧ مايو سنة ١٩٢٠ الحاماة ١ رقم ٦٢ ص ٣٤٠ - الاسكندرية ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٠ الحاماة ١ رقم ٨٧ ص ٤٠٥ - عل زكى المزابي فقرة ٩٥ ص ٥٦ - جب السلام ذهنى في الأموال فقرة ٥٤٤ ص ٧٥٩ - ص ٧٦٤ .

(١) استئناف وطني ١٢ يناير سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ رقم ٦٥ ص ٢٦ - ١٥ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٥٤ - ٥ يناير سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ رقم ١٣٩ ص ٢٩٥ - ٤ يونيو سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ٣٧١ - ١٦ فبراير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٠٥ ص ١٦٧ - استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٣١ - ٢ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٦ ص ٢٣٥ - ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤٤ - ١٠ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٠٩ - ١٨ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١٤ - أحمد فتحي زغلول ص ٩٣ - دى هلتن لفظ préemption فقرة ١٢٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٢١ ص ٤١٦ هاشم ١ .

(٢) استئناف وطني دوائر مجتمعة ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ الحاماة ٣ رقم ٢٠٠ ص ٢٦٦ . وانظر بعد ذلك استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الحاماة ٨ رقم ١٤٢ ص ١٩٠ - ٥ يناير سنة ١٩٣٧ الحاماة ١٧ رقم ٤٤٢ ص ٨٧٨ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٧ الحاماة ١٨ رقم ٣٠٥ ص ٦٢٥ - ٢٢ مارس سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٨٠ ص ١٤٥ .

(٣) نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٨ ص ٥٣٣ - أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠١ ص ٥٥٥ - ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٨ ص ٥٦٨ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة المكب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٥٣ - ٢١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٩ ص ٢٧٢ .

وكان يجوز المحكمة أن تقضى الشفع بالشفعة في مقابل دفعه الثمن المشتري في خلال مدة معينة . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه متى كان الحكم الصادر في دعوى الشفعة قد قضى الشفع بالشفعة في مقابل دفعه الثمن المشتري في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ النطق به ، فإنه يكون قد دل بذلك على أنه جيل من هذا الدفع في المهاد المقرر فيه شرطاً لاستحقاق الدين المشفوع فيها ، بحيث إذا فوت الشفع هذا الأجل دون أن يقوم بالدفع بطلت شفعة ، وذلك دون حاجة إلى حصول تنبيه عليه من المشتري بالدفع ، وسواء أكان الحكم القاضي بتحديد الأجل -

وفي أثناء إعداد مشروع التقنين المدني الجديد ، ذهبت لجنة الأستاذ كامل صدقي ، وهي اللجنة التي قامت بإعداد مشروع نصوص الشفعة ، بعد مناقشات طويلة (١) ، إلى وجوب أن يودع الشفيع خزانة المحكمة مبلغا يساوي على الأقل

ابتدائياً لم يتألف في الميعاد أم صادراً من محكمة استئنافية . ولا يشترط النص صراحة في سقوط الحكم على سقوط الحق في الشفعة جزاء على عدم دفع الثمن في الميعاد ، ولا يترتب على إغفال ذلك عدم إعمال مقتضى الحكم (نقض مدني ٢٤ يناير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٢٣ رقم ٢٥٨ ص ٥٥٠) . وانظر أيضاً نقض مدني ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦ ص ٩٥ .

(١) جاء في محضر جلسة ٢٨ يناير سنة ١٩٣٨ لهذه اللجنة أن أحد الأعضاء قال «إنه يرى عدم ضرورة عرض الثمن على المشتري عرضاً حقيقياً ، موجهاً النظر إلى ما يستتبعه العرض الحقيقي من خطر في الفروض التي يكون فيها العقار باهظ. الثمن أو التي لا يكون الثمن فيها قد دفع من المشتري أو التي يكون العقار فيها مثقلاً بحقوق عينية ، إذ يحسن عدم إغفال الحالات التي يحتمل فيها إفسار المشفوع ضده حتى لا يتعرض الشفيع لخطر هذا الإفسار . وبسط أحد الأعضاء خلاصة ما انتهى إليه بحثه في موضوع العرض الحقيقي والإيداع متساوياً عما إذا كان هناك موجب لإلزام الشفيع بأن يقرن إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة بعرض الثمن وملحقاته عرضاً حقيقياً ينبه بالإيداع إذا ما أبى المشتري الإذعان لطلب الشفعة ، إذ الواقع أن الشفيع إنما يستعمل حقه بنية سلب المشتري ثمرة عقده والحلول محله عن طريق الشفعة التي يرى أنه يحقق استمالها . فإذا اتخذ في سبيل تحقيق بنيته خطة الهجوم ، كانت عليه تبعية موقفه ، ولزمه تحمل نتائجها بالقيام مباشرة بعرض ثمن الشيء الذي يرى إلى تملكه عرضاً تستخلص منه دلالة الصديق والجدية وينشئ مظنة المضاربة ونية الاتجار بحقه في الشفعة . فإذا اعتبرنا الشفيع مشترياً يفرض نفسه على البائع والمشتري الأصليين ويبني من وراء تدخله إتمام الصفقة لصالحه ، فنلتمين أن يكون قادراً على الوفاء بالتزامه كشر فوراً . وإثبات هذه القدرة على الوفاء من الوجهة القانونية لا يكون إلا عن طريق عرض الثمن على المشتري الذي سيجرم من ميزة عقده عرضاً حقيقياً ، وهو أقطع دليل على حسن نيته ورغبته الجدية في الشراء . بيد أنه كثيراً ما يرفض المشتري المهدد باستعمال الشفعة العرض الذي يتقدم به الشفيع ، فهل يلزم الشفيع في هذه الحالة بإيداع المبلغ الموعود ؟ لقد فرق تقنين المرافعات الفرنسي في المواد ٨١٢ - ٨١٤ بين العرض الحقيقي وبين الإيداع ، فجعل كلا منهما إجراء يختلف عن الآخر . أما تقنين المرافعات المصري فقد جاء على عكس ذلك ، إذ خلط بينهما في نص واحد ، وجعل منهما إجراء موحداً مؤدياً لبرائة التهمة . . . والواقع أن الشفيع لم يصبح بعد مديناً ملزماً بالوفاء لإبراء ذمته بالقيام بعرض حقيقى لمدين قائم بالفعل ، فظالماً أنه لم يصبح مالكا نهائياً للعقار المشفوع فيه فلا مبرر لإلزامه بدفع ثمن العقار وملحقاته فوراً . فليس الأمر فيما يتعلق به موضوع عرض مبرى للذمة حتى يمكن إلزامه بها بإيداع الثمن ، بل إنه إعراب حاسم عن نية الأخذ بالشفعة . وما عرض الثمن وملحقاته إلا تأكيد للرغبة الجدية في ذلك ، ومن ثم فليس هناك التزام يتطلب»

ثالث الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع . وقدم المشروع التمهيدى على هذا الأساس إلى لجنة المراجعة ، ولكن هذه اللجنة عدلت النص ، إذ أوجبت أن يكون المبلغ الواجب إيداعه في خلال خمسة عشر يوماً من وقت إعلان طلب الشفعة هو كل الثمن الحقيقي لا ثلثه فقط . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب . عدل عن فكرة إيداع الثمن إلى فكرة عرض الثمن عند إعلان عريضة دعوى الشفعة ، إذ كان من رأى هذه اللجنة أن « هذا العرض كاف لضمان جدية الدعوى ، وهو لا يعطل في الوقت ذاته استغلال المال فيها إذا وجب إيداع الثمن » . ومن ثم عدلت اللجنة النص على الوجه الآتى : « ويجب أن تكون عريضة الدعوى مصحوبة بالثمن الحقيقي الذى حصل به البيع ، مخصوماً منه قيمة ما يكون العقار المشفوع فيه مثقلاً به من حقوق عينية » . والمشتري وشأنه ، إذا شاء قبض الثمن ، وإلا أعاد المال إلى الشفيع بعد هذا العرض الحقيقي . ووافق مجلس النواب على هذا التعديل . ولما عرض النص على لجنة مجلس الشيوخ ، رأت أن الأسسم هو إيداع كل الثمن الحقيقي الذى حصل به البيع في خلال خمسة عشر يوماً من يوم إعلان طلب الشفعة ، لأن الإيداع يحفظ حقوق الدائنين المسجلين وحق البائع في باقى الثمن إذا لم يكن قد دفع له . ثم تقدم إلى اللجنة اقتراح بالعودة إلى عرض الثمن والاستغناء به عن الإيداع . وبأنه إذا روى ضرورة إيداع الثمن يكون الحكم بسقوط حق الشفعة في حالة عدم الإيداع جوازيًا للقاضى . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح « لأنها انجهدت إلى تقييد الشفعة للتوفيق بين رأى

= من الشفيع وفاء . وبذلك فلا مبرر لإلزامه بالإيداع » . ثم قال أحد الأعضاء « إنه يمكن الاستغناء عن إجراء العرض الحقيقي دون تعويت حق لأحد . وذلك بإيداع جزء من الثمن خزانة المحكة » . إذ أن مثل هذا الإيداع كغليل بتحقيق كافة الضمانات اللازمة لإنصاء كل تدخل من هواة المضاربة ، كما أنه يقضى من جهة أخرى على ما قد يتعرض له الشفيع من أخطار قد تترتب على إجراء العرض الحقيقي . . . وبعد تبدل رأى تقدم أحد الأعضاء بالنص التالى . « يجب إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة على يد محضر . ويجوز أن يقرن هذا الإعلان أو يتبع في خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ حصوله بإيداع الثمن وملحقاته خزانة المحكة الكائن في دائرتها العقار . فإذا لم يحصل هذا العرض أو إذا رفض ، وجب على الشفيع أن يودع خزانة المحكة المذكورة ، وقبل رفع دعوى الشفعة - مبلغاً يساوى ثلث الثمن على الأقل ، وإلا كان العرض باطلاً . وبعد مناقشة وافقت اللجنة على هذا النص . أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤١٣ - ص ٤١٩ في الهامش .

القائلين بإلغاء هذا النظام ورأى القائلين بإبقائه ، واشترط إيداع الثمن مظهر من مظاهر التقيد . ثم إن جعل الحكم بسقوط الحق في الشفعة جوازي للقاضي عند عدم الإيداع لا يستجيب لما ينبغي في المعاملات من استقرار . على أن اللجنة رأت أن مدة الخمسة عشر يوما التي يجب أن يتم فيها الإيداع قصيرة ، فجعلتها ثلاثين يوما توخيا للتيسير ، وقررت تعديل النص على هذا الأساس . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته بلحته ، وهو النص الذي استقر أخيرا في التقنين المدني الجديد (م ٢/٩٤٢ مدني سالفه الذكر) (١) .

٢١١ - وقت إيداع الثمن ومطالبة : تقضى المادة ٢/٩٤٢ مدني ، كما رأينا (٢) ، بأن إيداع الثمن يجب أن يتم في خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ إعلان طلب الشفعة ، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة ، ويجب أن يكون الإيداع في خزنة المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه وهي المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة .

فيصح إذن أن يكون إيداع الشفع للثمن عقب إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة ، أو عند إعلان هذه الرغبة فيضمن الإعلان بيانا بأنه أودع الثمن في خزنة المحكمة ويجوز أن يترأخى الإيداع إلى ما بعد ذلك ، ريثما يدبر الشفع المبلغ الواجب إيداعه . ولكن لا يجوز أن يتأخر الإيداع بحيث يجاوز ثلاثين يوما من وقت إعلان طلب الشفعة ، أي من وقت وصول الإعلان إلى كل من البائع والمشتري . ولا يحسب يوم وصول الإعلان ، فيسرى الميعاد في اليوم التالي ، وينقضي بانقضاء ثلاثين يوما ابتداء من هذا اليوم ، فيجب أن يتم الإيداع في اليوم الثلاثين على الأكثر . فإذا صادف يوم عطلة ، امتد الميعاد إلى أول يوم من أيام العمل إلى انتهاء العطلة . وقد يصل إعلان طلب الشفعة إلى البائع وإلى المشتري في يومين مختلفين ، في حدود الخمسة عشر يوما من يوم الإنذار الرسمي بوقوع البيع ، فتكون العبرة بآخر هذين اليومين لا بأولهما ، لأن إعلان طلب الشفعة لا يتم إلا إذا وصل الإعلان إلى كل من البائع والمشتري . فإذا وصل الإعلان إلى المشتري في يوم معين ، ثم وصل الإعلان

(١) أنظر آنفا ص ٦٤٩ هامش ١ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٢٠٩ .

إلى البائع بعد يومين مثلاً من اليوم الذى وصل فيه الإعلان إلى المشتري ، فإن ميعاد الثلاثين يوماً يسرى من اليوم التالى لليوم الذى وصل فيه الإعلان إلى البائع (١).

ويجب على كل حال أن يكون الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة (٢) ، وسرى عند الكلام فى دعوى الشفعة أن هذه الدعوى يجب أن ترفع هى أيضاً فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان طلب الشفعة وإلا سقط الحق فيها . ويستطيع الشفيع بطبيعة الحال أن يودع الثمن خزائنه المحكمة قبل انقضاء الثلاثين يوماً بوقت كاف يمكنه من أن يرفع دعوى الشفعة فى الميعاد ، وبذلك لا يسقط حقه لا من ناحية التأخر فى الإيداع ولا من ناحية التأخر فى رفع دعوى الشفعة ، وهذا هو الأفضل ، أما إذا تأخر فى الإيداع إلى اليوم الثلاثين ، فإنه يستطيع أن يجد مخرجاً له من سقوط حقه . فهو إذا أودع الثمن فى اليوم الثلاثين ، لم يكن متأخراً فى الإيداع ولم يسقط حقه من هذه الناحية . ولكن يجب عليه فى هذه الحالة أن يقدم صحيفة دعوى الشفعة إلى قلم المحضرين فى نفس اليوم ، ويعتبر تقديم صحيفة الدعوى قاطعاً لمدة السقوط . ومن ثم لا يعتبر متأخراً فى رفع

(١) نقض مدنى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٥ ص ٤٩٠ - ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٥ ص ٥١٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٤ ص ٤٧٣ .
(٢) ولا يشترط أن يحصل الإيداع فى اليوم السابق لرفع الدعوى ، بل يجوز أن يحصل فى نفس اليوم الذى رفضت الدعوى فيه ، مادام قد حصل قبل رفع الدعوى . وقد قضت محكمة النقض ، قبل صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ المعدل لتقنين المرافعات ، بأن المشرع قد هدف من حصول الإيداع قبل رفع الدعوى إلى ضمان الجدية فى طلب الشفعة ولم يحدد فاصلاً زمنياً معيناً بين الإيداع ورفع الدعوى ، فاشتراط حصول الإيداع فى اليوم السابق هو قيد آخر لا يحتمله النص ولا يتفق مع فكرة التيسير فى الميعاد التى أخذ بها الشارع . أما التحدى بالمادة ٢٠ مرافعات فردود بأن القانون قد شرط ميعادين ، أحدهما يحدد بالأيام له بدايته ونهايته ، والثانى غير محدد بالأيام وإنما بفواصل زمنية غير محدد وهو مجرد الأيقية أو التقبيلية على رفع الدعوى مما لا عمل معه لإعمال حكم تلك المادة . لما كان ذلك ، وكان الثابت أن الإيداع قد سبق رفع الدعوى التى أعلنت للمطعون عليهم قبل مضي الثلاثين يوماً من إعلان الرغبة بدليل الإشارة فى عريضتها إلى رقم قسيمة الإيداع ، فإن شروط المادة ٢/٩٤٢ مدنى تكون قد توفرت (نقض مدنى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٩٦ ص ٦١٩) . وانظر أيضاً نقض مدنى ١٨ أكتوبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢١٣ ص ١٥٣٠ .

دعوى الشفعة في حلال الثلاثين يوماً بعد أن قطع تقديم صحيفة الدعوى مدة السقوط ، ويعتبر في الوقت ذاته قد أودع الثمن قبل رفع دعوى الشفعة . وتنص المادة ٧٥ مرافعات ، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، في هذا المعنى على ما يأتي : « وتعتبر الدعوى قاطعة لمدة التقادم أو السقوط من يوم تقديم صحيفة إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملاً ، أما باقي الآثار التي ترتب على رفع الدعوى فلا تسري إلا من وقت إعلان المدعى عليه بصحيفتها . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في رفع دعوى الشفعة (١) .

ويخلص مما قدمناه أن توقيت إجراءات الشفعة يجرى في الغالب على الوجه الآتي : : يبدأ المشتري ، عقب شرائه العقار المشفوع فيه ، بانذار الشفيع إنذاراً رسمياً بوقوع البيع . وفي خلال خمسة عشر يوماً من هذا الإنذار ، يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري . وفي خلال ثلاثين يوماً من إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، يودع الشفيع الثمن في خزنة المحكمة ، ويرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري (٢) .

٢١٢- ما الزى يجب إبراءه - كل التهمة الحقيقية الزى حصل به البيع :
والذي يجب على الشفيع إيداعه خزنة المحكمة في الميعاد المتقدم الذكر هو ، كما تقول المادة ٩٤٢ مدني ، « كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع » . والأصل أن الثمن المذكور في عقد البيع يفترض أنه هو الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، إلا إذا ثبت عكس ذلك .

(١) أنظر مایل فقرة ٢٢٠ .

(٢) ويسبق قيد الدعوى رفضاً طبقاً للمادة ٧٥ مرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، على الوجه الذي سنبينه فيما يلي (أنظر فقرة ٢٢٠) . أما قبل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، فقد كان قيد الدعوى يلى رفضها ، وكان الواجب هو إيداع الثمن قبل رفع الدعوى لا قبل قيدها . فالإيداع الذي يقع بعد رفع الدعوى يكون إيداعاً غير صحيح ، ولو وقع قبل قيد الدعوى . وقد قضت محكمة النقض بأن كلا من رفع الدعوى وقيدها إجراء يختلف عن الآخر ، ومن ثم لا يكون هناك مع روضح النص مجال للخلط بين هذين الإجراءتين . ويكون القول بأن القانون ، إذ شرط في المادة ٩٤٢ مدني لقبول دعوى الشفعة وجوب إيداع الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع خزنة المحكمة في خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة وقبل رفع الدعوى إنما قصد إل أن يتم الإيداع قبل قيدها قول غير صحيح في القانون (نقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٦ ص ٣٩١) .

ومن ثم يجب على الشفيع ، في الأصل ، أن يودع خزانة المحكمة الثمن المذكور في عقد البيع . ويستطيع العلم به إما من الإنذار الرسمي الذي وجهه إليه البائع أو المشتري بوقوع البيع ويشتمل فيما يشتمل عليه من بيانات ذكر الثمن الذي حصل به البيع (١) ، أو من البحث في سجلات الشهر العقاري إذا لم يصله إنذار رسمي وكان البيع قد سجل فيكشف عن الثمن المذكور في العقد من واقع التسجيل . فإذا ما أودع الثمن (٢) المذكور في عقد البيع ، كان إجراء الإيداع سليماً لا مطعن عليه . وله بعد ذلك أن يثبت ، بجميع طرق الإثبات ، أن هذا الثمن المذكور في عقد البيع هو أكبر من الثمن الحقيقي . وقد ذكر في العقد المبالغ فيه على هذا النحو لتعجيز الشفيع عن الأخذ بالشفعة أو إلزامه بدفع مبلغ يزيد على الثمن الحقيقي فيربح المشتري من وراء ذلك ، وهذا ما يحدث كثيراً في العمل (٣) . فإذا ما أثبت الشفيع مقدار الثمن الحقيقي ، استرد بما أودعه خزانة

(١) أنظر آفأ فقرة ٢٠٤ .

(٢) ويجب أن يكون الشفيع مالكاً للمال الذي يودعه ، فإذا كان لراهب عقار يملكه قبل دخوله ملك الرهينة ، لم يستطع بعد دخوله هذا السلك أن يشفع بهذا العقار إذا كان المبلغ الذي يودعه خزانة المحكمة ليس من ماله الخاص بل من مال البيعة التي يتبعها . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن المناط في أحقية الراهب في المطالبة بالشفعة يتحدد ، لا بما إذا كانت العين التي يشفع بها مملوكة ملكية خاصة فحسب ، بل بما إذا كان المبلغ الذي أودعه ثمناً للعقار المشفوع فيه من ماله الخاص أيضاً . فإذا كان الراهب قد اقتصر على التمسك أمام محكمة الموضوع بأن العين التي يشفع بها مملوكة له ملكية خاصة ، ولم يدع أن ثمن العقار المشفوع فيه الذي أودعه خزانة المحكمة هو من ماله الخاص ، وكان ما قرره الراهب من أن العين المشفوع بها هي من ماله الخاص لا يدل بذاته على أن الثمن الذي أودعه يخرج عن مال البيعة ، وكان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاؤه بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة على أن ما يملكه الراهب من مال بعد انحراطه في ملك الرهينة يعتبر ملكاً للبيعة التي يتبعها ، وعلى أن الراهب رفع دعوى الشفعة لحسابه الخاص لا بوصفه ممثلاً للكنيسة . فإن هذا الذي قرره الحكم يكون صحيحاً في القانون (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٧٦ ص ١٢٩١) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز للشفيع أن يثبت بجميع الطرق ، بما فيها القرائن ، أن الثمن الوارد في عقد البيع ليس هو الثمن الحقيقي للعين المشفوع فيها ، بل هو ثمن صوري تواطأ عليه البائع والمشتري بقصد تمييزه عن الأخذ بالشفعة . ولكن إذا توافر لدى القاضي الدليل على صحة الثمن المسمى في العقد كان له رفض طلب الإحالة على التحقيق ، كما إذا قامت لدى المحكمة قرينة تؤيد صحة الثمن وهي شراء نفس الشفيع أحياناً في نفس الحوض في تواريخ قريبة من تاريخ العقد بسبب الشفعة بأثمان تزيد على الثمن المسمى في هذا العقد (نقض مدني ٢٨-

الحكمة مقدار الزيادة . كذلك يستطيع البائع أو المشتري ، في رأينا ، أن يثبت بالطرق الجائرة في الإثبات فيما بين البائع والمشتري أن الثمن المذكور في العقد

= مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٧٣ ص ١٠٩٩ . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد أخذت المشفوع ضدها في خصوص ثمن الصفقة المشفوع فيها بدليل صالح للأخذ به قانوناً ، وهو عقد البيع الابتدائي الموقع عليه منهما ، ولم تعتمد بما أبدياه من تعليل لرض الثمن في العقد النهائي لما ساقته في هذا الخصوص من أسباب سائفة ، فلا وجه لتسلي على حكمها بأنها لم تحل الدعوى على التحقيق لصحى حقيقة الثمن . ذلك بأن لما في هذا الشأن سلطة تقدير إجابة هذا الطلب أو رفضه تبعاً لما يترأى لها من عناصر الدعوى (نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص ٤٣ - ٢ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٦ ص ٣٠٣) . وانظر استئناف وطني ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٨٧ ص ٢٠٤ - ١٤ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٦ ص ١٩٠ - ١٤ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٦ ص ١٩٦ - ١٧ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٣٤٨ ص ١٩٥ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٤٥ ص ١٤٢ - استئناف مصر ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ رقم ٦٨ ص ٢٣٣ - محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٢٤ .

ولأنما المحكمة بتحقيق ادعاء الشفع إلا إذا وجدت في الدعوى قرائن تشير بصحته ، حتى لا يكون المشتري معرضاً لنزع ملكية العقار الذي اشتراه بشئ أقل من الثمن المذكور في العقد بمجرد شهادة بعض الشهود (استئناف وطني ١٤ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٦ ص ١٩٠ - استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣١٦ - ١١ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٠٤ - ١٩ يونيو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٣١٠ - ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٧٤ - ٢٢ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٠٠) . وذلك كأن تتأكد المحكمة من مستندات أو من خبر أن العقار لا يساوي الثمن المذكور في العقد ، ولا توجد أسباب خاصة تحمل المشتري على شرائه بأكثر من قيمته . وللمحكمة أن تحلف المشتري اليمين المتبعة على أنه اشترى حقيقة بالمبلغ الوارد في العقد (استئناف وطني ٧ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٣٤٨ ص ١٩٥) . ولا يقبل القاضي إثباتاً لصورية الثمن إلا القرائن القوية التي لا تدع مجالاً للشك في صحة ما يدعيه الشفع (استئناف مصر ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٩ ص ٦٣٠ - استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣١٦ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١١٢) . والشفع هو الذي يحمل عبء إثبات صورية الثمن ، فلا يقبل منه دفع كل الثمن الوارد في العقد شرطاً أن يثبت المشتري جديته (استئناف مختلط ١٩ يونيو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٣١٠) .

وإذا أحالت المحكمة القضية على التحقيق ، وجب البحث ، لاعتن قيمة العقار ، بل عن الثمن المدفوع ، وسياق الدليل الذي استند إليه الحكم في قضائه بهذا الثمن (نقض مدني ١٦ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٥١ - ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٥٢) .

هو أقل من الثمن الحقيقي (١) ، وقد ذكر في العقد نافضا لتحقيق غرض معين ولو كان غرضا غير مشروع كالهرب من دفع رسوم التسجيل كاملة . فإذا ما ثبت الثمن الحقيقي ، وأن الثمن الذي أودعه الشفيع خزانة المحكمة هو أقل منه ، كان الإيداع مع ذلك إجراء صحيحا لأن الشفيع يكون معذورا إذا هو لم يعلم بالثمن الحقيقي واعتمد على ما هو مذكور في العقد أنه هو الثمن ، ولكنه يلتزم بدفع الفرق بين الثمن الحقيقي وبين ما أودعه فعلا خزانة المحكمة (٢) . على أن هذا الرأي ليس هو الرأي الذي تأخذ به محكمة النقض وفريق من الفقهاء ، فهو لا يذهبون إلى أن الشفيع يعتبر من الغير في عقد البيع المشفوع فيه ، فإذا كان هذا العقد سوريا ولو في جزء منه كالثمن ، فإن للشفيع إذا كان حسن النية أن يأخذ بالعقد الظاهر ، وعلى ذلك لا يلتزم إلا بدفع الثمن المذكور في العقد إذا كان هذا الثمن سوريا وكان أقل من الثمن الحقيقي ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٣) .

هذا كله إذا أودع الشفيع خزانة المحكمة الثمن المذكور في العقد ، وهو ما يجدر به أن يفعله حتى يطمئن اطمئنانا تاما إلى أن إجراء الإيداع قد تم صحيحا لا مطعن عليه كما سبق القول . ولكن يقع في بعض الأحيان أن يكون الثمن المذكور في العقد مبالغا فيه مبالغة شديدة بقصد إرهاب الشفيع بالزامه بإيداع ثمن أكبر من الثمن الحقيقي . فهل يستطيع الشفيع في هذه الحالة أن يقتصر على إيداع ما يعتقد أنه الثمن الحقيقي ؟ إن ما تتطلبه المادة ٢٩٤٢ مدني هو كمارأينا إيداع « كل الثمن الحقيقي » ، فإذا عرف الشفيع هذا الثمن : وكان أقل من الثمن المذكور في عقد البيع ، فهو لا يلتزم إلا بإيداع الثمن الحقيقي دون الثمن المذكور في العقد ، ويكون الإيداع صحيحا في هذه الحالة . ولكنه هو الذي يحمل عبء إثبات أن ما أودعه خزانة المحكمة هو الثمن الحقيقي ، ويستطيع أن يثبت ذلك

(١) وعلى العكس من ذلك نصت المادة ٢٥١ من قانون الملكية المقاربة اللبناني (المعدة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أنه «إذا وقع خلاف على مقدار ثمن المشفوع بين المشتري وصاحب حق الشفعة ، فتبين المحكمة الثمن الحقيقي بصرف النظر عن قيمة المشفوع . ولا يسمع الادعاء من المشتري بأن هذا الثمن يزيد عن الثمن المذكور في العقد المسجل » .

(٢) أنظر في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٣٩ وفترة ٢٦٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٠ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٧٠ والأحكام المناوإ إليها في الماشر .

بجميع طرق الإثبات (١) . فإذا ما أثبت أن المبلغ الذى أودعه لا يقل عن الثمن الحقيقى ، سواء كان معادلاً له أو كان أكبر منه ، فإن الإيداع يكون صحيحاً كما قدمنا ، حتى لو كان هذا المبلغ أقل من الثمن المذكور فى العقد ، وله أن يسترد الفرق فيما إذا أودع مبلغاً أكبر من الثمن الحقيقى . أما إذا لم يستطع إثبات ذلك ، أو ثبت أن الثمن الحقيقى هو أقل من الثمن المذكور فى العقد ولكنه أكبر من المبلغ الذى أودعه خزنة المحكمة ، فإنه لا يكون قد أودع « كل الثمن الحقيقى » .

فيكون الإيداع غير صحيح ، حتى لو ذكر عند الإيداع أنه مستعد لإكمال المبلغ المودع إلى مقدار الثمن الحقيقى فيما لو ظهر أن المبلغ المودع أقل ، ومن ثم تسقط شفيعته (٢) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشفيع إذا وجه اليقين الخاصة إلى كل من المشتري والبايع على صحة الثمن المذكور فى العقد ، وحلف المشتري ، وتخلف البايع عن الحضور لحلف اليقين ، فإن تخلفه لا يضر به المشتري ، وتكتفى بعين المشتري إذ هو ذو المصلحة الكبرى فى إثبات أن الثمن المذكور فى العقد هو الثمن الصحيح (استئناف مختلط ؛ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٢٢ ص ٥) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كانت الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ مدنى توجب على الشفيع أن يودع فى خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة خزنة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ، وبرتيت على عدم إتمام الإيداع فى الميعاد المذكور وعلى التوجه المتقدم سقوط الحق فى الشفعة ، كان مفاد هذا أن الإيداع الكامل وفى الميعاد المذكور أصبح شرطاً أساسياً لقبول طلب الشفعة وإجراء جوهرياً من إجراءاتها ، ولا تعتبر الدعوى قائمة فى نظر القانون إلا بتحقيق حصوله . فإذا كان الثابت فى الدعوى أن الشفيع قد بادرت برفع دعواها بناء على علم تلقائى دون انتظار لإنذار رسمى من جانب البايع أو المشتري ، وأودعت ما ظلت الثمن الحقيقى ثم ظهر أنه على خلافه ، كانت بذلك مجزئة وعليها خطرهما ، وتكون بهذا الإيداع التام قد عرضت حقها فى الأخذ بالشفعة للسقوط (نقض مدنى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٨٧ ص ٦٥٧) . وانظر أيضاً نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٨ - أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠١ - ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٨ ص ٧٥٦ - ١٦ فبراير سنة ١٩٥٠ الحامدة ٣٠ رقم ٥٢٦ ص ١٢٠٧ - ١٥ يونيو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٥٣ ص ٦١٥ - ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٤ ص ١٠١١ - استئناف وطنى ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٨٧ ص ٢٠٤ - ١٤ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٦ ص ١٩٠ -

وغنى عن البيان أنه إذا رفعت دعوى الشفعة في الوقت الذي كان قانون الشفعة السابق معمولاً به ، فإن الشفع لم يكن في حاجة وقتذاك إلى إيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع الدعوى ، بل كان يكفي أن يعرض الثمن وملحقاته عرضاً بسيطاً في إعلان طلب الشفعة (١) . فإذا فعل ذلك ، ثم صدر التقنين المدنى الجديد ، فإن المادة ٢/٩٤٢ من هذا التقنين لا تسرى في حقه إذ ليس لما أثر رجعى . ومن ثم يعتبر العرض البسيط الذى صدر منه إجراء قد تم صحيحاً طبقاً لأحكام قانون معمول به . فلا يلتزم بعد صدور التقنين المدنى الجديد بإيداع الثمن خزانة المحكمة ، حتى لو كانت دعوى الشفعة لم يفصل فيها وقت صدور هذا التقنين . وقد نصت المادة ١/٢ مرافعات على أن كل إجراء من

٨ مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١٠٢ ص ١٤٧ - قنا الكلية ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ٢٩٢ ص ٩٩٩ - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ٢٩٣ ص ٩٩٩ - شبين الكوم ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ٢٤٣ ص ٩٥٦ - استئناف مخلط ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٢٣ ص ٤٢٤ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٩ ص ٥٠٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٥٤ - إسماعيل غانم ص ٨٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٠ ص ٤٨٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٦ ص ٣٤٨ - حسن كيرة ص ٣٠ .

وقارن استئناف وطى ١٣ يناير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٨ ص ٩١ - ٧ يناير سنة ١٩١٩ الحقوق ٣٥ رقم ٤٧ ص ١١٥ .

(١) وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لأحكام قانون الشفعة السابق ، بأنه إذا أعلن الشفع رغبته في الأخذ بالشفعة ، وعين الثمن الذى أسس عليه هذه الرغبة قائلاً إن هذا المبلغ هو الذى دلت تحرياته على أنه الثمن الحقيقى وهو قيمة ما تساويه العين المبيعة في نظره ، فإن العرض في هذه الحالة يكون مقيداً بالثمن المذكور . فإذا تبين أن هذا الثمن دون الثمن الحقيقى الذى ثبت لدى محكمة الاستئناف فإن هذا العرض يكون ناقصاً نقصاً لا يجزى عنه أن يكون الشفع قد وصف الثمن الذى عينه بأنه الثمن الحقيقى ، لأن طلب الشفعة على أساس ثمن معين لا يفيد بذاته اعتماد الطالب للأخذ بثن عمل (نقض مدنى ١٨ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٥٠) . ولكن إذا كان المبلغ الذى عرفه الشفع أقل من الثمن الذى انعمد به البيع ، فإن العرض يكون مع ذلك صحيحاً إذا أظهر الشفع استعداده لدفع ما يظهر أنه الثمن الحقيقى مع كافة المصروفات الرسمية (نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣٥ رقم ١٧٩ - ١٥ يونيو سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٤٨ - ١٠ أبريل سنة ١٩٤٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣٤ رقم ١٤٧ - ٢٨ مايو سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٤٩) .

إجراءات المرافعات ثم صحيحاً في ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً، ما لم ينص على غير ذلك». وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه متى كان الحكم المطعون فيه، إذ قضى للشفيع بالشفعة، قد قرر أن عرض الثمن عرضاً حقيقياً وإيداعه خزانة المحكمة ليس لازماً لصحة الشفعة، بل يكفي العرض البسيط للثمن الذي يراه الشفيع حقيقياً، ولا محل للتمسك بالمادة ٩٤٢ من القانون المدني الجديد إذ أن دعوى الشفعة قد رفعت قبل العمل بهذا القانون ولا أثر له على الماضي، فإن هذا الذي قرره الحكم لا خطأ فيه^(١). وقضت أيضاً بأن الإيداع في حكم القانون الجديد شرط لقبول الدعوى، ولما كانت الدعوى قد رفعت صحيحة وفقاً لقانون الشفعة القديم، فلا يسرى عليها نص المادة ٩٤٢ من القانون المدني الجديد، سواء اعتبر هذا الشرط متعلقاً بالإجراءات أو متصلاً بموضوع الحق^(٢).

٢١٣- إبداع كل انتميه ولو كان مؤجراً أو لم يرفع المشتري الإجزءاً منه فقط: تنص المادة ٢/٩٤٥ مدني، كما سنرى^(٣)، بأن الشفيع لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع. فإذا اتفق البائع والمشتري على أن يكون الثمن مؤجلاً أو مقسطاً، فإن الشفيع لا يستفيد من هذا التأجيل أو التقسيط الذي راعى فيه البائع اعتبارات خاصة بالمشتري، بل يجب عليه إيداع الثمن كله قبل رفع دعوى الشفعة. فإذا أراد الشفيع أن يستفيد من التأجيل أو التقسيط، وجب عليه الحصول على رضا البائع بذلك، بعد ثبوت حقه في الشفعة.

(١) نقض مدني ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣٤ رقم ١٤٧.

(٢) نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٧٠ ص ٤٦٧ - وانظر أيضاً نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٣١ ص ٨٦٧ - وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٠١ - وقارن استئناف المنصورة ١٢ مايو سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٤ رقم ٥١ ص ١٠٦.

(٣) انظر سائلي فقرة ٢٣٨.

فواضح إذن أن الشفع ، في حالة ما إذا كان الثمن مؤجلا أو مقسطا بالنسبة إلى المشتري ، يجب عليه إيداع كل الثمن في الميعاد القانوني ، حتى لو كان المشتري لم يدفع للبائع شيئا من الثمن في حالة التأجيل ، أو دفع جزءا منه فقط في حالة التقسيط . فالشفع ملزم في الحالتين ، كما قدمنا ، بدفع كل الثمن فورا للبائع ، فيجب عليه إذن إيداع كل الثمن خزانة المحكمة في الميعاد الذي عينه القانون . وحتى لو حصل الشفع مقدما على رضا البائع بالتأجيل أو بالتقسيط ، فأصبح غير ملزم بدفع كل الثمن فورا للبائع ، فإنه يتعين عليه ، من ناحية الإيداع كإجراء ضروري من إجراءات الشفعة ، أن يودع كل الثمن خزانة المحكمة في الميعاد الذي عينه القانون . ذلك أن المادة ٢/٩٤٢ مدني ، وهي تتكلم عن الإيداع ، يختلف نطاق تطبيقها عن نطاق تطبيق المادة ٢/٩٩٤٥ مدني الخاصة بميعاد وفاة الشفع بالثمن للبائع . فالنص الأخير مقصور على العلاقة ما بين الشفع والبائع بعد أن يثبت حق الشفع في الشفعة ، فيجوز للبائع بالنسبة إلى الشفع أن يؤجل الثمن أو يقسطه كما أجله أو قسطه بالنسبة إلى المشتري . أما النص الأول فخاص بإجراء ضروري من إجراءات الشفعة لا بد من القيام به وإلا سقط حق الشفع ، وهو إيداع الثمن . وقد جاء النص عاما مطلقا ، وأوجب على الشفع في جميع الأحوال أن يودع كل الثمن خزانة المحكمة في الميعاد القانوني . على أن المقصود بالزام الشفع بإيداع كل الثمن خزانة المحكمة ، ليس فحسب مراعاة مصلحة البائع حتى يقال إن هذا الالتزام يسقط برضائه ، بل أيضا لأن إيداع الثمن ، كما جاء في تقرير لجنة مجلس الشيوخ ، مظهر من مظاهر تقييد الشفعة للتوفيق بين رأي القائلين بالغائها ورأي القائلين بابقائها . فاذا أودع الشفع كل الثمن خزانة المحكمة في الميعاد القانوني على الوجه الذي يتطلبه القانون ، فقد قام بالإجراء الواجب حتى يثبت حقه في الشفعة . وعند ذلك يستطيع الشفع أن يلزم البائع بما اتفق عليه معه ، فيسحب الثمن كله أو بعضه من خزانة المحكمة باذن من البائع ، ثم يسدده له في الأجل المتفق عليه أو بالأقساط المتفق عليها (١)

(١) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن الشارع ، إذ أوجب في الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ من القانون المدني أن يودع ، في خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة ، خزانة المحكمة الكائن في دائرتها المقار كل الثمن الحقيقي الذي

٢١٤ - ملحقات الثمن : رأينا فيما تقدم أن الشفيع يجب عليه أن يودع كل الثمن خزانة المحكمة ، فهل يجب عليه أيضا أن يودع مع الثمن ملحقاته ؟ وملحقات الثمن قد تكون رسمية كرسوم توثيق عقد البيع المشفوع فيه ورسوم تسجيله ورسوم استخراج الشهادات العقارية ، وقد تكون غير رسمية كالسمسة وأتعاب المحاماة ومصروفات معاينة العقار المشفوع فيه .

لم نذكر المادة ٢/٩٤٢ مدني ، في شأن الإيداع ، إلا إيداع « كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع » . فلم نذكر ملحقات الثمن ، ولو أراد الشارع أن يودع ملحقات الثمن ، رسمية أو غير رسمية ، لما فاته ذكر ذلك . فقد ذكر ، في شأن البيانات التي يجب أن يشتمل عليها الإنذار الرسمي بوقوع البيع الموجه من البائع أو المشتري للشفيع (م ٩٤١ مدني) ، أن من هذه البيانات « بيان الثمن والمصروفات الرسمية » ، فلم يغفل المصروفات ، بل لم يغفل تحديد نوعها . فلو أراد أن يودع مع الثمن ملحقاته ، لما أغفل ذكر الملحقات ، ولنص عليها

« حصل به البيع » ، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة ، وإذ رتب على عدم إتمام الإيداع في الميعاد المذكور على الوجه المتقدم سقوط حق الأخذ بالشفعة ، فقد دل بذلك على أن إيداع كامل الثمن الحقيقي في الميعاد المذكور وعلى الوجه السابق بيانه هو شرط لقبول دعوى الشفعة . فلا يملك البائع إعفاء الشفيع من شرط أوجه القانون لأنه فضلا عن أن هذا الإعفاء يخالف لصريح النص ، فإن الشرط المذكور لم يتقرر لمصلحة البائع وحده ، وإنما وضع لمصلحة من يكون له الحق في الثمن المودع كله أو بعضه عند ما يثبت حق الشفعة بحكم نهائي ، سواء أكان صاحب هذا الحق هو المشتري الذي عجل كل الثمن أو بعضه للبائع أم هو البائع الذي لم يتوقف الثمن كله أو بعضه . ولا تمارض بين اشتراط القانون هذا الإيداع لقبول دعوى الشفعة ، وبين ما نص عليه في المادة ٩٤٥ من أنه لاحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع . ذلك أن هذا النص الأخير إنما ورد بصدد بيان آثار الشفعة أي بعد أن يثبت حق الشفيع في الشفعة رضاه أو قضاؤه ، ويصبح الثمن من حق البائع وحده ، فيكون له في هذه الحالة أن يمنح الشفيع في الوفاء به الأجل الممنوح للمشتري . ومن ثم لا يجوز ، استناداً إلى هذا النص ، تحويل البائع حق الإعفاء من شرط أوجه القانون لقبول دعوى الشفعة (نقض مدني ٣١ ديسبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٥ ص ٣٥٦) . وانظر أيضاً في هذا المعنى نقض مدني ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٤ ص ١٠١١ - وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٠٠ وفقرة ٣١٨ ص ٥٣٩ - ص ٥٤٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٦ ص ٣٤٨ - وقارن شين الكوم الكلية أول يناير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٣ رقم ٤٨٢ ص ١١٠٦ .

نصاً صريحاً كما فعل في البيانات الواجب ذكرها في الإنذار الرسمي. وقد اكتفى المشرع بإيداع كل الثمن دون إيداع الملحقات ، إذ قد لا يتيسر حساب الملحقات على وجه التحقيق لأول وهلة وبخاصة غير الرسمية منها . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٢/٩٤٢ مدنى يكتفى بإيداع « ثلث الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع » ، فرغ ثلث الثمن إلى كل الثمن في المراحل التالية . وهذا يدل على أنه لم يكن المقصود أن يودع الشفيع خزانة المحكمة كل ما يستحق في ذمته لقاء الأخذ بالشفعة ، بل يودع مبلغاً يكتفى للدلالة على جدية طلبه وعلى أنه لا يقصد المساومة والمضاربة بطلبه الشفعة (١) . وإذا كان المشرع قد أوجب إيداع « كل الثمن » ، فليس المقصود من هذا التعبير أن يتضمن الثمن ملحقاته ، وإنما أريد أن يشمل الإيداع « كل » الثمن بعد أن كان لا يشمل في المشروع التمهيدى إلا « ثلثه » كما سبق القول . فالشفيع إذن لا يلتزم بإيداع ملحقات الثمن ، وتكون هذه محل مطالبة من المشتري للشفيع في أثناء نظر دعوى الشفعة ، وعلى المشتري أن يقدم ما يثبت مفردات هذه الملحقات وأنه صرفها جميعاً حتى يقضى له بها على الشفيع .

وهذا هو الرأى الذى استقر عليه الفقه في مصر (٢) ، كما أخذت به محكمة النقض بعد أن كانت قد قضت بعكسه (٣) . فقد انتهت محكمة النقض في قضائها الأخير إلى أن تقرر أن الشارع تعتمد في القانون الجديد إغفال ملحقات

(١) أنظر آنفاً ص ٦٤٩ هامش ١ .

(٢) محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٩ - ٥٠٥ - ٥٠٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٥٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٦ ص ٣٤٩ - ص ٣٥٠ - وانظر عكس ذلك وأنه يجب إيداع الملحقات مع الثمن محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٢٦ .

(٣) إذ كانت قد قضت بأنه متى كان الحكم قد قرر ، لأسبابه السانقة التى تنفق مع شروط البيع ، أن الشفيع إذا لم يقيم بإيداع الملحقات مع ثمن المقار المشفوع فيه لم يكن قد وصل إلى طلبه شيء من هذه الملحقات ولا عن مقدارها ، فإن هذا الذى قرره الحكم يكون صحيحاً في القانون ، ويكون للشفيع عذره في عدم إيداع الملحقات مع الثمن (نقض مدنى ١٧ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٣ ص ٦٠٧) . ويستخلص من هذا الحكم أن الشفيع ، إذا كان قد وصل إلى طلبه مقدار الملحقات ، فإنه يجب عليه إيداعها مع الثمن . وانظر أيضاً في هذا المنأى سوهاج الكلية ٢٨ مارس سنة ١٩٥١ الحاماة ٣٤ رقم ٣٤ ص ٢٩ . وقد عدلت محكمة النقض عن قضائها هذا إلى عكسه فقضت ، كما نرى في المتن ، بأن الشفيع لا يلتزم بإيداع الملحقات مع الثمن .

التمن فيما يجب إيداعه اكتفاء منه بتقييد حق الشفعة بإيداع التمن الحقيقي فحسب ، مما يتعين معه إعمال هذا القيد في أضيق الحدود . فلا ينسحب إلى ملحقات التمن التي لم يرد بها تكليف في القانون . ويؤيد هذا النظر أن المشرع في التقنين الجديد لم يكن يغيب عنه أمر الملحقات . فأورد ذكرها في المادة ٩٤٠ مدني التي حددت البيانات التي يشتمل عليها الإنذار الرسمي الذي يوجه إلى الشفيع لإعلانه بالبيع . ومنها بيان التمن والمصروفات الرسمية . ولما أراد الشارع أن يقرر القاعدة التي انتهجها في التقنين الجديد في خصوص الإيداع . نص في المادة ٩٤٢ التالية على ما يجب إيداعه ، فذكر التمن وحده دون الملحقات . مما يقطع في الدلالة على أنه لا يوجب إيداع ملحقات التمن (١) .

٢١٥ - المصروفات الضرورية والثافعة والتعويض عنه البناء

والغراس : وسرى أن الشفيع يجب أن يرد للمشتري ما أنفقه على العقار المشفوع فيه من مصروفات ضرورية ومصروفات نافعة . وذلك طبقاً للقواعد التي قررها القانون في شأن هذه المصروفات . كذلك يجب عليه أن يعرض المشتري عما أحدثه هذا في العقار المشفوع فيه من بناء وغراس ، وهذا طبقاً لقواعد خاصة بالشفعة قررها القانون في المادة ٩٤٦ مدني ، وسيجيء بيانها تفصيلاً فيما يلي .

وإذا كان الشفيع غير ملزم بإيداع ملحقات التمن خزائنه المحكمة مع التمن . فهو من باب أولى غير ملزم بإيداع ما يستحق في ذمته للمشتري بسبب المصروفات الضرورية والثافعة وبسبب البناء والغراس ، لنفس الاعتبارات التي قدمناها في ملحقات التمن ويكون ما يستحق في ذمته بسبب كل ذلك موضوع مطالبة

= وكانت محكمة النقض تقضي ، تطبيقاً لأحكام قانون الشفعة السابق ، بأن عرض ملحقات التمن لا يكون واجباً على الشفيع إلا إذا كان عالماً بوجودها ، فإن حقه في الشفعة لا يستقر إلا بآثبات هذا العلم وإنغاله إيداع الرغبة في الالتزام بها (نقض مدني ٩ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣٥ رقم ١٧٣ - ١٩ فبراير سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣٤ رقم ١٧٢ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ١٠١٦) .

(١) نقض مدني ٢١ فبراير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٤١ ص ٢٧٨ .

خاصة بتقديمها المشتري في دعوى الشفعة ، ويقضى له بها على الشفيع إذا هو أثبتها طبقاً للقواعد المقررة قانوناً (١) .

٢١٦- الجزء المترتب على عدم إبراع الثمن في الميعاد القانوني : رأينا (٢)

أن المادة ٢/٩٤٢ مدني ، بعد أن قررت وجوب إيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه في ميعاد معين حددته ، نصت في آخرها على ما يأتي : « فان لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم ، سقط حق الأخذ بالشفعة » . فالنص صريح إذن في أن جزاء إخلال الشفيع بالتزامه من إيداع كل الثمن الحقيقي خزانة المحكمة في الميعاد القانوني هو سقوط حقه في الشفعة .

ويستطيع المشتري أو البائع أن يدفع بسقوط حق الشفعة لهذا السبب في أية حالة كانت عليها الدعوى ، بل إن للمحكمة أن تقضى بذلك من تلقاء نفسها . وقد قدمنا أن سقوط الشفعة بسبب انقضاء مواعيدها هو من النظام العام ، فللمحكمة أن تقضى بسقوط الشفعة من تلقاء نفسها وفي أية حالة كانت عليها الدعوى ، وحتى لو نزل صاحب الحق صراحة عن التمسك بالسقوط (٣) . وقد قضت محكمة النقض ، في خصوص إيداع الثمن ، بأن للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إذا لم يتم بإيداع الثمن في الميعاد المحدد في المادة ٩٤٢ مدني (٤) .

وما دام يجوز للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع لعدم إيداع الثمن في الميعاد المحدد ، فانه يترتب على ذلك أنه يجوز إيداع الدفع بسقوط الشفعة لهذا السبب لأول مرة ، لا فحسب أمام محكمة الاستئناف ، بل أيضاً أمام محكمة النقض .

(١) أنظر في هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٢٧ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٩ .

(٣) أنظر آنفاً ص ٦٤٤ هامش ٢ .

(٤) نقض مدني ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٥ ص ٣٥٦ .

§ ٢ - رفع دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها

٢١٧ - نص قانونى : تنص المادة ٩٤٣ مدنى على ما يأتى :

« ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار ، وتقيد بالجدول . ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة ، وإلا سقط الحق فيها . ويحكم في الدعوى على وجه السرعة » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : -

١ - ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار . وتقيد بالجدول في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة ، وإلا سقط الحق فيها . ٢ - ويحكم فيها دائماً على وجه الاستعجال . وفي لجنة المراجعة أدخل تعديل لفظي على النص يجعل معناه أوضح ، فأصبح يجرى على الوجه الآتى : « ١ - ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار ، وتقيد بالجدول . ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة ، وإلا سقط الحق فيها . ٢ - ويحكم في الدعوى على وجه الاستعجال . ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١٠١٦ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية ، أدخل تعديل على النص يقضى بصرف النظر عن إيداع الثمن خزانة المحكمة والاستعاضة عن الإيداع بمرض الثمن عرضاً حقيقياً لفنان جديده الدعوى . ولا يعقب هذا المرض إيداع حتى لا يتعطل المال عن الاستغلال ، فالمشتري وشأنه ، إذا شاء قبض الثمن ، وإلا عاد المال إلى الشفع بحد هذا المرض الحقيقي . ورأت اللجنة أن يكون هذا العرض عند إعلان عريضة الدعوى لا عند إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، حتى يتسع الوقت للشفع في تدبير المبلغ وفي الكشف عن العقار المشفوع فيه لمعرفة ما إذا كانت هناك حقوق عينية تتقبله فتضخم من الثمن الذى يدفعه الشفع . وعلى ذلك عدلت اللجنة النص على الوجه الآتى : « ١ - ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار ، وتقيد بالجدول . ويجب أن تكون عريضة الدعوى مصحوبة بالثمن الحقيقي الذى حصل به البيع ، مخصصاً منه قيمة ما قد يكون العقار المشفوع فيه مثقاله من حقوق عينية . ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة ، وإلا سقط الحق في الدعوى . ٢ - ويحكم في الدعوى على وجه الاستعجال . ووافق مجلس النواب على هذا النص تحت رقم ١٠١٣ (أنظر ماسبق بيانه أنقاص ٦٤٩ هامش ١) . وفي لجنة مجلس الشيوخ ، تقرر الرجوع إلى فكرة إيداع الثمن بدلاً من عرضه عند إعلان عريضة دعوى الشفعة - وعلى ذلك وافقت اللجنة على النص كما ورد في المشروع النهائي لا كما ورد من مجلس النواب ، مع إدماج الفقرة الثانية في الفقرة الأولى ، واستبدال عبارة « على وجه السرعة » بعبارة « على وجه الاستعجال » تمشياً مع تعبير تقنين المرافعات - فأصبح النص ، تحت رقم ٩٤٣ ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٥ - ص ٤٢٩) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادتين ١٥ و ١٦ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٤٧ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٣٩ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٤٧ وم ٢٤٨ (٢) .
والنص سالف الذكر يقتضي بحث المسائل الآتية : (١) الخصوم في دعوى الشفعة . (٢) المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة . (٣) رفع دعوى الشفعة وقيدھا في ميعاد معين . (٤) الحكم في دعوى الشفعة على وجه السرعة . (٥) الخصوم في استئناف الحكم الصادر في دعوى الشفعة وفي الطعن فيه بالنقض . (٦) الحكم النهائي بثبوت الحق في الشفعة وتسجيله .

(١) قانون الشفعة السابق م ١٥ : ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن بدائرتهم العقد في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المتخصص عنه في المادة الرابعة عشرة ، وإلا سقط الحق فيها .

م ١٦ : ويحكم فيها دائماً على وجه السرعة .

(والتقنين المدني الجديد يتفق مع قانون الشفعة السابق ، فيما عدا أن التقنين المدني الجديد أوجب قيد دعوى الشفعة أيضاً في نفس الميعاد الذي أوجب فيه رفع الدعوى) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٤٧ (مقتضى) .

التقنين المدني العراقي م ١١٣٩ : ١ - يجب على الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان رغبته ، وإلا سقط حقه . ٢ - وتعتبر دعوى الشفعة من الدعاوى المستعجلة .

(ويوافق التقنين العراقي التقنين المصري - إلا أنه لم يذكر أن قيد الدعوى يجب أن يتم أيضاً في نفس ميعاد رفع الدعوى) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٤٧ : وحل الشفيع أن يطلب نحو الشفعة أثناء

الأيام العشرة التي تلي انبيلغ ، بعد إضافة مهلة المسافة ، تحت طائلة سقوط . م ٢٤٨ : إذا لم يحصل البليغ المبني في المدة السابقة يسقط حق الشفعة بعد مضي سنة من تاريخ تسجيل العقد في السجل العقاري . وتسرى هذه المدة نحو فائدي الأهلية والغائبين - وإن المدة المذكورة في هذه المادة وفي المادة السابقة لا تقطع إلا بإقامة الدعوى بطئب الشفعة أمام محكمة محل وجود العمل لصالحه بحسب النظم المذكور في المقتضى .

(والتقنين اللبناني لا يشترط إيداء الرخنة في الأخذ بالشفعة قبل رفع دعوى الشفعة : تنظر أيضاً ص ٦٢٩ هامس ١ .) يشترط أن ترفع دعوى الشفعة - دون أن يتكلم عن بعدها - في حلال مدة أليم من بليغ المشتري للشفيع تسجيل عقد البيع المشفوع فيه . فإذا لم يحصل هذا البليغ ، في خلال سنة من تاريخ تسجيل العقد في السجل العقاري) .

٢١٨- انقصوم في دعوى الشفعة : المدعى في دعوى الشفعة هو

الشفيع (١) . وقد قدمنا أن الأخذ بالشفعة ، هو عمل من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة ، ولذلك يشترط في الشفيع أهلية التصرف . فإذا كان كامل الأهلية ، أى بالقاسن الرشد غير محجور عليه ، جازله وحده أن يرفع دعوى الشفعة . وله أن يوكل في رفعها غيره بشرط أن تكون الوكالة وكالة خاصة ، فالوكالة العامة لا تكفى لأنها تقتصر على أعمال الإدارة دون أعمال التصرف (٢) . أما إذا كان الشفيع قاصراً أو محجوراً عليه ، فوليّه أو وصيه هو الذى يرفع دعوى الشفعة ، بإذن من المحكمة أو بغير إذن على التفضل الذى قدمناه عند الكلام في أهلية الشفيع (٣) .

والمدعى عليه في دعوى الشفعة هو كل من المشتري والبائع ، فرفع الدعوى على المشتري وحده أو على البائع وحده لا يكتفى . وقد كان التقنين المدنى السابق يجعل المدعى عليه في دعوى الشفعة هو المشتري وحده ، فكانت دعوى

(١) وإذا تمدد الشفعاء ، قبلت الدعوى المرفوعة منهم جميعاً بصحيفة واحدة ، ولونزل أحدهم للأخرين ، إذا كان طلب الأخذ بالشفعة قد حصل منهم جميعاً في إعلان واحد وفى ميعاد الخمسة عشر يوماً (استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٠٥) .

(٢) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٢ ص ٤٨٥ - فإذا كانت الوكالة وكالة عامة ، وأخذ الوكيل بالشفعة نيابة عن موكله ، وأجاز الموكل هذا العمل ، صح الأخذ بالشفعة ، إذ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة (استئناف وطنى ٦ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٠١ ص ٣١٧) .

قارن مصر ١٣ فبراير سنة ١٨٩٢ الحقوق ٦ ص ١٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٣١ ص ٤٣٠ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٩٠ - وإذا طلب الول أو الوصى الشفعة لنفسه بالأصالة ، فظهر أن المقار الذى يشفع به مملوك للقاصر المشمول بولايته أو وصايته ، فلا يصلح طلبه الشفعة لنفسه طلباً بالشفعة نيابة عن محجوره ، بل لابد من طلب جديد باسم المحجور يقدم فى الميعاد القانونى (استئناف مصر ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١١٩ ص ٣٦٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٣٢) . وإذا باع الول أو الوصى عقاراً مملوكاً له أو اشترى لنفسه عقاراً ، وكان المحجور شفيعاً فى المقار المبيع أو المقار المشتري ، فالمحكمة تعين المحجور وصياً خاصاً (ad hoc) (ينوب عنه فى الأخذ بالشفعة) (طنطا الكلية ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١٦ ص ٣١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٣٣ ص ٤٣١) .

الشفعة ترفع على المشتري دون البائع (١) . أما قانون الشفعة السابق ، ومن بعده التقنين المدني الجديد ، فيجعلان المدعى عليه في دعوى الشفعة هو كل من المشتري والبائع ، ولا بد أن ترفع الدعوى على كليهما (٢) . والسبب في ذلك أن ثبوت الحق في الشفعة يترتب عليه أن يحل الشفيع محل المشتري في مواجهة البائع ، فأنثر الشفعة إذن يمتد إلى كل من المشتري والبائع ، فيكون هذان معا طرفا سواء في توجيه إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة إليهما أو في رفع دعوى الشفعة عليهما (٣) . وما دام الشفيع يحل محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته نحو البائع ، وما دامت حقوق البائع قبل المشتري تسقط ولا يستطيع البائع أن يطالب بها إلا الشفيع الذي حل محل المشتري ، وما دام الشفيع يصبح هو الدائن للبائع بضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية ، فإنه يخلص من كل ذلك أن الحكم بثبوت الشفعة هو حكم يمس البائع بقدر ما يمس المشتري (٤) . وعلى ذلك لا بد من رفع الدعوى على كل من المشتري والبائع في الميعاد القانوني ،

(١) استئناف مخطط ١١ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٢٢ - ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٣

م ٥ ص ٢٠٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا بد لقبول دعوى الشفعة من احتصام الشفيع والمشتري ، سواء في أول درجة أو في الاستئناف أو في النقض ، وسواء كان رافع الدعوى أو الطاعن في الحكم هو الشفيع أو المشتري أو البائع . فإن رفضها أيهم في أية مرحلة من مراحلها تلك ، ولم يخاصم أحد صاحبيه ، قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها ، إذ لا حكم إلا في دعوى ، ولا تقبل الدعوى إذا لم يعلن فيها جميع الخصوم الواجب اختصاصهم (نقض مدني ١٩ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧١ ص ٥٤٣) . وانظر نقض مدني ٦ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٤ ص ٨٦٤ - ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٣ ص ٢٠٠ - ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣٤ ص ٦٥٦ - ٢ يونيو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٨ ص ٧٨٧ - ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٨ ص ٢٤٤ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٢ المخاماة ٢٣ رقم ٦٢٧ ص ١٤١٧ - ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٤ ص ١٠٣١ - ١٢ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٠ - ١١٣٦ - استئناف مصر ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المخاماة ١٦ رقم ١٧١ ص ٣٨٥ - ١٨ مايو سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٩٢ - أسبوط الكلية ١٣ يونيو سنة ١٩٣٧ المخاماة ١٨ رقم ١٨٨ ص ٣٦٩ .

(٣) انظر آنفاً ص ٦٢٩ .

(٤) محمد كامل مرسى ٣ فترة ٤٣٤ ص ٤٣٣ - محمد علي عرفة ٢ فترة ٣٠٢

ص ٥١١ - ص ٥١٢ .

وإلا سقط حق الشفع في الشفعة (١). فإذا رفعت الدعوى على أحدهما في الميعاد القانوني ، وعلى الآخر بعد انقضاء الميعاد القانوني لم تصح الدعوى (٢). ولكن إذا رفع الشفع الدعوى على بعض بائعي العقار في الميعاد القانوني وهو لا يعلم بوجود غيرهم ، جاز له رفع الدعوى على البائعين الآخرين بمجرد علمه بهم ولو كان ذلك بعد انقضاء الميعاد القانوني (٣). ويجب على الشفع أن يختصم جميع البائعين وجميع المشترين الذين وردت أسماؤهم في الإنذار الرسمي الموجه إليه بوقوع البيع ، حتى لو كان يتمسك بأن عقود بعض المشترين عقود صورية يراد بها التحايل على منع الشفعة . فالطعن بالصورية لا يمنع من اختصاص المشتري المطعون في عقده في دعوى الشفعة ، وفي هذه الدعوى يعطى في العقد

(١) استئناف مصر ٢١ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٢ ص ٥٨ - وإذا صدر حكم بثبوت الشفعة ، ثم رفع المشتري دعوى بسقوط هذا الحكم ، فيمكن أن يختصم فيها الشفع . وإذا من الشفع بالنقص في الحكم الصادر بسقوط حكم الشفعة ، اكتفى كذلك باختصاص المشتري . وذلك أن اختصاص كل من البائع والمشتري إنما يكون ضرورياً في دعوى الشفعة ذاتها ، ولا يمتد ذلك إلى دعوى سقوط حكم الشفعة (نقص مدني ٣٠ مارس سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٣٩ ص ٢٧٦).

(٢) استئناف مصر ١٨ مايو سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٩٢ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٤٣٧ (ويشير إلى حكم استئناف مصر في ٢ فبراير سنة ١٩٤٥) - أسيوط الكلية ١٨ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٤٨ ص ٤٣٤ - وإذا تعدد البائع تجهيل اسم المشتري ، فليس له أن يدفع بعدم قبول دعوى الشفعة لأنها لم ترفع على المشتري ، إذ لا يجوز أن يستفيد من تفصيله (استئناف وطني ٢٤ مارس سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ١٥ ص ٣٨ - ٢٢ يونيو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٠٢ ص ١٤٠).

(٣) استئناف وطني ٦ أبريل سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١٠١ ص ٢١٧ - وإذا بيع عقار على الشيوخ لشخصين ، وكانت الشفعة لا يمكن استهلاكها إلا في المقار جميعه ، لم تكن الدعوى صحيحة إلا إذا رفعت في الميعاد القانوني على كل من المشترين ، فإذا رفعت على أحدهما دون الآخر سقط حق الشفع بالنسبة إلى الكل (استئناف مخطوط ٦ يونيو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٢٧). أما إذا كان محل الشفعة قطعة أرض قابلة للقسمة ، واشترها عدة أشخاص حصصاً مفردة ، فإن دعوى الشفعة المرفوعة على بعض المشترين ، ولو أشارت إلى الأرض جميعها ، لا يكون لها تأثير بالنسبة إلى باقي المشترين (استئناف مخطوط ٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٠٨). وإذا توفى أحد الخصوم عن عدة ورثة ، وجب اختصاص هؤلاء الورثة جميعاً - فإذا طعن في الحكم الصادر لمصلحة الشفع أحد ورثة البائع أو المشتري دون باقي الورثة ، فإن الطعن يكون غير مقبول شكلاً (نقص مدني ١٧ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ١٨٩ ص ٤٣٥ - ٥ يونيو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨١ ص ١١٦٣).

بالصورة فيكون الحكم حجة على هذا المشتري إذ قد أدخل خصماً في الدعوى (١).

٢١٩ - المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة : رأينا (٢) أن المادة ٩٤٣

مدني تنص على أن وترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار فالمحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة هي إذن المحكمة الكائن بدائرتها العقار المشفوع فيه ، وذلك لأن دعوى الشفعة هي دعوى عينية إذ يطالب فيها الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه بسبب من أسباب كسب الملكية هو الشفعة . وقد نصت المادة ٩٤٣ مدني المشار إليها صراحة على اختصاص محكمة العقار ، فقد كان هناك رأى يذهب إلى أن دعوى الشفعة هي دعوى شخصية فتكون من اختصاص المحكمة الكائن في دائرتها موطن المدعي عليه ، فأراد المشرع أن يحسم الخلاف في هذه المسألة بأن ينص صراحة على اختصاص محكمة العقار ليدل على أن دعوى الشفعة دعوى عينية عقارية (٣).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الشفيع قد أغفل توجيه الدعوى إلى أحد المشتريين على الشيوع محتجاً بصورية عقده ، وكان الحكم قد أغفل دفع المشتري الآخر بوجوب توجيه هذا الطعن إلى شريكه غير المختص في دعوى الشفعة ، وأقام قضاءه على أن إدخال هذا المشتري في عقد الشراء المسجل لم يقصد به إلا الاحتيال لمنع الأخذ بالشفعة ، فإن هذا الحكم يكون باطلاً إذ كان يتعين عن المحكمة لكي يستقيم قضاؤها وقف الفصل في دعوى الشفعة حتى يستصدر الشفيع حكماً نهائياً في مواجهة جميع أطراف الخصومة ، ومن بينهم المشتري الذي لم يختصم فيها ، بصورية عقد هذا الأخير (نقض مدني ٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٨ ص ٢٤٤) . وانظر أيضاً نقض مدني أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ . رقم ٢٠٢ ص ٥٥٥-١٠ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٣٥ ص ٨٤٤-محمد علي عرفة ٣٠٣.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١٧ .

(٣) وقد جرت مناقشة في هذا الصدد في لجنة مجلس الشيوخ وقت نظر مشروع التفتين المدق أمامها ، إذ اعترض أحد أعضاء اللجنة على ورود اختصاص محكمة العقار في النص ، فقد رأى في ذلك «إقحام بعض قواعد المرافعات» . فأجيب على هذا الاعتراض «بأنه حيث ينشئ القانون حقاً ، فهو وإجراءاته من صميم القانون المنشئ لهذا الحق» . وأضيف إلى ذلك «أنه يحسن دعماً للشفعة و هل دعوى الشفعة شخصية أو عقارية عدم رفع حكم المرافعات الوارد في المادة» . فأعلن العضو المتعرض عنه ذلك أنه «ينزل عن اعتراضه لهذه الحجة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٩) .

هذا من حيث الاختصاص المحلي . أما من حيث الاختصاص النوعي ،
 فمحكمة العقار المختصة هي المحكمة الكلية أو المحكمة الجزئية تبعاً لمقدار الثمن الوارد
 ذكره في عقد البيع . فإذا كان هذا المقدار يزيد على مائتين وخمسين جنياً ،
 فالمحكمة الكلية هي المختصة ، ويكون حكمها دائماً قابلاً للاستئناف ، ويكون
 الحكم الصادر في الاستئناف قابلاً للنقض . وإذا كان مقدار الثمن المذكور في
 عقد البيع لا يتجاوز مائتين وخمسين جنياً ، فالمحكمة الجزئية هي المختصة ، ويكون
 حكمها انتهاياً إذا لم يتجاوز مقدار الثمن خمسين جنياً ، فإن جاوز هذا المبلغ كان
 الحكم قابلاً للاستئناف ولكن الحكم الصادر في الاستئناف لا يكون قابلاً
 للنقض (١) . والعبرة فيما قدمناه هي ، كما أسلفنا ، بالثمن المذكور في العقد .
 فإذا كان هذا الثمن ٣٠٠ جنياً مثلاً ، وكان الشفيع يعتقد أن الثمن الحقيقي هو
 ٢٥٠ جنياً فقط ، وجب عليه مع ذلك أن يرفع الدعوى أمام المحكمة الكلية ،
 وهذه المحكمة هي التي تفصل في مقدار الثمن الحقيقي (٢) . وقد يكون الأمر على
 العكس من ذلك ، فيكون الثمن المذكور في العقد أقل من الثمن الحقيقي لتخفف
 مثلاً من رسوم التسجيل . فإذا ذكر في العقد أن الثمن ٢٥٠ جنياً مثلاً ، وجب
 على الشفيع أن يرفع الدعوى أمام المحكمة الجزئية . فإذا أثبت المشتري أو البائع ،
 وفقاً للرأى الذى نقول به وتأخذ بعكسه محكمة النقض وفريق من الفقهاء (٣) ،
 أن الثمن الحقيقي هو ٣٥٠ جنياً مثلاً ، قضت المحكمة الجزئية بعدم اختصاصها ،
 وأمرت بأحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة الكلية المختصة ، وجاز لها أن تحكم
 بفرامة لا تتجاوز عشرة جنيهات تمنح كلها أو بعضها للشفيع مع عدم الإخلال
 بحقه في طلب التضمينات ، وتلتزم المحكمة الكلية المحال إليها الدعوى بنظرها (٤) .
 وإذا رفع الشفيع دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة ، فإنه مع ذلك
 يقطع مدة الثلاثين يوماً المقررة لسقوط حق الشفعة بانقضائها . فإذا قضت
 المحكمة التي رفعت إليها الدعوى بعدم اختصاصها بنظرها ، فالشفيع بعد صلور

(١) أنظر في ذلك م ٤٥ مرافعات .

(٢) عابدين ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٥ الحقوق ٢٠ رقم ٦٤ ص ١٨٧ - محمد كامل مرسو

٣ فقرة ٤٥٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢١٢ .

(٤) أنظر المادة ١٣٥ مرافعات المدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ .

هذا الحكم مدة ثلاثين يوماً جديدة لرفع الدعوى أمام المحكمة المختصة. وقد كان هذا هو ما جرى عليه القضاء في عهد التقنين المدني السابق^(١) ، فأولى أن يكون هذا هو الحكم أيضاً في عهد التقنين المدني الجديد وقد تضمن نصاً صريحاً كان التقنين المدني السابق خالياً منه ، هو المادة ٣٨٣ مدني وتنص على أن : ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة . . . ، ويقاس على انقطاع مدة التقادم انقطاع مدة السقوط . وتسرى مدة الثلاثين يوماً الجديدة من وقت صدور حكم المحكمة بعدم الاختصاص (لا من وقت إعلان هذا الحكم) ، إلا إذا استأنف الشفع الحكم بعدم الاختصاص في خلال المدة المحددة للاستئناف ، فيتولد بهذا الاستئناف سبب جديد للانقطاع . ويظل الانقطاع قائماً حتى بعد صدور الحكم في الاستئناف ، فإذا كان مؤيداً لعدم الاختصاص ، وجب على الشفع عندئذ أن يرفع دعوى الشفعة من جديد أمام المحكمة المختصة في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ هذا الحكم النهائي^(٢) .

(١) استئناف وطني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال د رقم ٨٧ ص ١٢٢ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ٣ رقم ٤٥ ص ١٤٢ - ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٩٧ ص ١٧١ - استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٤٤٢ ص ٨٧٨ - استئناف مخطط ٢٣ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٣٧ - ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥٤ - محمد علي عرفة فقرة ٣٠٧ ص ٥١٨ - وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا رفعت دعوى الشفعة في خلال الثلاثين يوماً أمام محكمة كانت مختصة في الأصل وقت رفعها ، ثم حكم بعدم الاختصاص لطروء ما أخرج الدعوى عن اختصاصها (دخول خصم جديد في الدعوى قال إنه اشترى العقار من المشتري الأول بشن يتجاوز نصاب القاضي الجزئي) ، كان للشفع تجديد أمام المحكمة المختصة ، ولا يقبل من المنشوق منه الدفع بأن دعوى الشفعة رفعت بعد انقضاء الثلاثين يوماً (استئناف مصر ٢٢ يونيو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٢٢ ص ١٤٠) .

(٢) نقض مدني ٥ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٧ ص ١٤١ - استئناف مخطط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥٤ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٠٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٢ ص ٤٨٦ - ص ٤٨٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٧ ص ٣٥١ .

وهناك رأي يذهب إلى أن ميعاد الثلاثين يوماً الجديدة يسرى ، لامن وقت صدور الحكم بعدم الاختصاص ، بل من وقت انقضاء ميعاد استئناف هذا الحكم وصيرورته بذلك نهائياً . فيبقى الانقطاع مستمراً طول المدة التي يجوز فيها استئناف الحكم الصادر بعدم الاختصاص ، ولا حاجة لرفع الاستئناف فعلاً . فلو إحدى القضايا قضت المحكمة الجزئية بعدم الاختصاص في ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٢ ، فسرى ميعاد ١٥ يوماً لاستئناف هذا الحكم ، ولكن الشفع لم يستأنف . =

٢٢٠- رفع الدعوى وقيدتها في الميعاد القانوني : تقول المادة ٩٤٣

مدني ، كما رأينا (١) ، « ترفع دعوى الشفعة . . . وتقيد بالجدول . ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة (إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة) ، وإلا سقط الحق فيها . . . » . ونرى من ذلك أن هناك ميعاداً معيناً لرفع دعوى الشفعة وقيدتها ، وهو ثلاثون يوماً من إعلان الشفعيع لكل من البائع والمشتري رغبته في الأخذ بالشفعة (٢) . ويحسن أن نستعرض تطور هذه المسألة ، التي تعتبر من أهم مسائل الشفعة ، منذ قانون الشفعة السابق .

فقد كانت المادة ١٥ من قانون الشفعة السابق تنص على أن « ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقار في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عنه في المادة الرابعة عشرة (إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة) ، وإلا سقط الحق فيها » (٣) . فكان هذا النص يقضي برفع دعوى الشفعة في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ

بـ . ففقت محكمة استئناف مصر بأن الانقطاع الأول بوقوع خمسة عشر يوماً بعد صدور الحكم بعدم الاختصاص إلى أن أصبح هذا الحكم نهائياً بعدم استئنافه حتى انقضت هذه المدة ، ويكون للشفيع من وقت انقضاء خمسة عشر يوماً ، أي من يوم ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ ، ثلاثون يوماً جديدة لرفع دعوى الشفعة أمام المحكمة المختصة . فإذا كان الشفعيع قد رفع هذه الدعوى أمام المحكمة الكلية المختصة في ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٢ ، فإنه يكون قد رفع الدعوى في الميعاد القانوني (استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٩٧ ص ١٧١) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢١٧ .

(٢) وقد يكتفى المشتري بتسجيل عقد البيع دون أن ينذر الشفعيع بوقوع هذا البيع ، فيجب في هذه الحالة أن يملأ الشفعيع رغبته في الأخذ بالشفعة في خلال أربعة أشهر من وقت التسجيل (أنظر آنفاً فقرة ٢٠٦) . وقد يستثنى في هذه الحالة عن إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة برفع دعوى الشفعة مباشرة (أنظر آنفاً ص ١٢٢) ، فيجب عليه عندئذ إيداع التمنّ و رفع دعوى الشفعة وقيدتها في خلال الأربعة الأشهر التالية لوقت التسجيل .

(٣) أما في التقنين المدني السابق ، فلم يكن هناك ميعاد محدد لرفع دعوى الشفعة ، ولكن القضاء كان يتطلب رفع الدعوى في أقرب وقت ممكن حتى لا يظل المشتري مهبطاً بترج ملكية العقار الذي اشتراه مدة طويلة (استئناف وطني ١٣ يونيو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ١٧ ص ٥١ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢٧ ص ٦٣ - وأنظر محمد كامل مرمي ٣ فقرة ٤٢٨) .

بالشفعة ، ولم يكن هناك ميعاد لقيد الدعوى بعد رفعها (١) . فكان الشفيع يستطيع ، إذا أراد المضاربة واستغلال حقه في طلب الشفعة . أن يعلن صحيفة دعوى الشفعة لكل من البائع والمشتري في ميعاد الثلاثين يوماً بعد أن يؤدي ربيع رسم الدعوى ، ثم يقف عند ذلك . فهو لم يكن ملزماً ، تطبيقاً لأحكام قانون الشفعة السابق ووفقاً للرأى الذى كان سائداً وقت ذاك ، بعرض الثمن عرضاً حقيقياً ولا بإبداعه خزانة المحكمة . بل كان يكفيه العرض البسيط . ثم إنه لم يكن ملزماً . تطبيقاً لأحكام تقنين المرافعات السابق . بقيد الدعوى وتأدية ثلاثة أرباع الرسم الباقية في ميعاد معين . فكان يقتصر على إعلان صحيفة الدعوى في الميعاد القانونى بعد رفع ربيع الرسم فقط ، ثم يترصد مترقباً وقد شهر هذا السيف في وجه المشتري . فلا هو يحمى في إجراءات دعوى الشفعة ، ولا هو ينزل عنها ، ويبقى هذا السيف معلقاً ، ويبقى هو منتظراً حتى يسعى إليه المشتري يساومه على التزول عن دعوى الشفعة . وكل ذلك لم يكلفه إلا دفع ربيع الرسم .

فأراد التقنين المدنى الجديد علاج هذا الوضع . فأوجب على الشفيع أولاً ، كما رأينا ، أن يودع خزانة المحكمة كل الثمن الحقيقي الذى حصل به البيع ، ثم أوجب عليه ثانياً أن يرفع دعوى الشفعة ، وأوجب عليه ثالثاً أن يقيد الدعوى (٢).

(١) نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٣ ص ٣٧٣ - ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٦ ص ٦٩٨ - استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٥ ص ١١١ - ٦ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٥٩ ص ٣٦٨ - وانظر عكس ذلك وأنه كان يجب قيد الدعوى في ميعاد الثلاثين يوماً استئناف مصر ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ - استئناف تخطيط ١٢ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٩٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥٢ ص ٤٤٤ - ولكن رفع الدعوى كان يعنى على كل حال إعلان صحيفتها للخصم ، ولم يكن يكنى في عهد تقنين المرافعات السابق تقديم الصحيفة إلى قلم المحضرين لإعلانها (نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة المكيب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٢٥ رقم ١١٣ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٢٥ رقم ١١٤) .

(٢) أنظر في هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٠٤ ص ٥١٣ - ص ٥١٤ .

(٣) فايداع الثمن قد استحدثه التقنين المدنى الجديد ، لتدليل على جدية دعوى الشفعة والبناء بها عن مجال المضاربة والاستغلال ، وكظهر من مظاهر تقييد دعوى الشفعة ، كما سبق القول (أنظر آنفاً فقرة ٢١٠) . وكذلك وجوب قيد الدعوى في خلال الثلاثين يوماً استحدثته

وكل هذا يجب عليه أن يقوم به في خلال الثلاثين يوماً التالية لإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة (١). ولما كانت هذه الأعمال الثلاثة - إيداع الثمن ثم رفع الدعوى ثم قيدها - قد رتبها القانون بحيث يلي بعضها بعضاً ، فإيداع الثمن يجب أن يتم قبل رفع الدعوى بحسب أحكام التقنين المدني الجديد في الشفعة ، ورفع الدعوى يجب أن يتم قبل قيدها بحسب أحكام تقنين المرافعات الجديد في إجراءات

التقنين المدني الجديد ، حتى لا يتباطأ الشفيع في الإجراءات دون مبرر ، وحتى لا يسبق الدعوى معلقة بقصد ابتزاز المشتري واستغلاله . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « . . . مع ملاحظة أن رفع دعوى الشفعة لا يكتفى وحده ، بل يجب أيضاً قيد الدعوى في الجدول في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . حتى لا يتباطأ الشفيع في الإجراءات دون مبرر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٧) . والعبرة في سريان التقنين المدني الجديد فيما استحدثه بوقت إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . فإذا تم هذا الإعلان قبل نفاذ التقنين المدني الجديد ، أي قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإن قانون الشفعة السابق هو الذي يسرى ، ومن ثم لا يكون على الشفيع إلا رفع دعوى الشفعة في ميعاد الثلاثين يوماً دون أن يلتزم بإيداع الثمن ويكتفى بالعرض البسيط ، كما لا يلتزم بقيد الدعوى في خلال الثلاثين يوماً . أما إذا لم يسبق إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فالتقنين المدني الجديد هو الذي يسرى ، ويجب على الشفيع أن يودع الثمن ويرفع الدعوى ويقيدها في ميعاد الثلاثين يوماً . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه لما كان القانون المدني الجديد قد وضع نظاماً مستحدثاً لإجراءات الشفعة نص عليه في المواد من ٩٤٠ إلى ٩٤٣ ، وكانت إجراءات هذا التنظيم ومواعيده مرتبطة ببعضها ببعض ارتباطاً وثيقاً ومامة بذات الحق ، إذ ينص القانون على إتباعها وإلا سقط الحق في الأخذ بالشفعة ، وكانت تبدأ جميعاً من جانب الشفيع من تاريخ إعلان الرغبة ، فإن مقتضى هذا الوضع أن نصوص القانون الجديد إنما تسرى على طلب الشفعة الذي تبدأ إجراءاته بإعلان الرغبة فيها بعد العمل به لا الطلب السابق عليه الذي حصل على هدى قانون الشفعة القديم . . . وليس يسوغ مزج أحكام القانونين وإعمال بعض نصوص القانون الجديد مع بعض نصوص القانون القديم ، لأن ذلك فضلاً عن أنه يؤدي إلى نتائج غير مستساغة بل ومخالفة لنصوص القانونين القديم والجديد ، فإنه لا يتفق مع قواعد التطبيق الصحيحة . (نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٣١ ص ٨٦٧) . وانظر نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٧٠ ص ٤٦٧ .

(١) فإذا لم يتم إعلان الخصوم بالدعوى في خلال هذه المدة سقط حق الشفيع حتى لو كان عدم إتمام الإعلان بسبب تواطؤ المشتري والبايع لإخفاء موطن هذا الأخير ، مادام هذا التواطؤ ، على فرض حصوله ، لم يكن من شأنه أن يحول دون اتخاذ الشفيع الإجراءات القانوني التي يؤدي إلى إتمام الإعلان في خلال المدة الباقية لرفع دعوى الشفعة بتسليم صورة الورقة إلى النيابة (نقض مدني ٩ نوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٥٦ ص ٩٩٧) .

التقاضى ، فعلى الشفيع إذن أن يقوم بكل هذه الأعمال الثلاثة ، وعلى هذا الترتيب ، فى ميعاد الثلاثين يوما . ويترتب على ذلك أنه لا يستطيع أن ينتفع بهذا الميعاد إلى آخر يوم فيه إلا فى العمل الأخير من هذه الأعمال الثلاثة وهو قيد الدعوى . فهو إذا قيد الدعوى فى نهاية الثلاثين يوما ودفع الرسم كاملا ، فلا بد له من أن يرفعها قبل ذلك أى قبل نهاية الثلاثين يوما . ثم إذا هو رفع الدعوى قبل نهاية الثلاثين يوما ببضعة أيام ، فلا بد له من إيداع الثمن قبل رفع الدعوى ببضعة أيام أخرى ، فالتقنين المدنى الجديد إذا كان قد اقبل الباب فى وجه المساومات واستغلال حق الشفعة بوضعه هذه القيود الثقيلة فى استعمال هذا الحق ، فإنه قد تضافر مع تقنين المرافعات فى جعل ميعاد الثلاثين يوما ميعادا صوريا بالنسبة إلى كل من إيداع الثمن ورفع الدعوى ، إذ لا بد للشفيع من أن يقوم بكل من هذين العملين دون أن ينتفع بهذا الميعاد كاملا . ولم يكن ميعاد الثلاثين يوما ميعادا حقيقيا ، إلا بالنسبة إلى قيد الدعوى . وكان الأولى إذن أن يضع القانون لكل عمل من هذه الأعمال الثلاثة ميعادا خاصا به ، لا أن يجمعها كلها فى ميعاد واحد . فكان يستطيع مثلا أن يوجب على الشفيع إيداع كل الثمن فى العشرين يوما التالية لإعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، ثم رفع الدعوى فى عشرة الأيام التالية لإيداع الثمن ، ثم قيد الدعوى فى ميعاد قصير يحدده بعد رفع الدعوى وليكن خمسة أيام أخرى .

على أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، الذى عدل كثيرا من نصوص تقنين المرافعات ، قد حور من هذا الوضع قليلا . فقد عدل المادة ٧٥ من تقنين المرافعات الجديد ، فى كيفية رفع الدعوى ، على الوجه الآتى : « على المدعى أن يقدم لقلم كتاب المحكمة ، وقت تقديم صحيفة دعواه ، صورا منها بقدر عدد المدعى عليهم وصورة لقلم الكتاب — ويقد قلم الكتاب الدعوى فى يوم تقديم الصحيفة فى السجل الخاص بذلك بعد أن يثبت تاريخ الجلسة المحددة لنظرها فى أصل الصحيفة وصورها ، ثم يعيدها إلى المدعى ليتولى تسليمها إلى قلم المحضرين لإعلانها — وتعتبر الدعوى قاطعة لمدة التقادم أو السقوط من وقت تقديم صحيفة إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملا ، أما باقى الآثار التى تنب على رفع الدعوى فلا تسرى إلا من وقت إعلان المدعى عليه بصحيفتها .

فأصبح قيد الدعوى ، بموجب هذا النص ، سابقا على رفعها ، بعد أن كان
 ناليا لرفع الدعوى بموجب أحكام تقنين المرافعات قبل تعديله بالقانون رقم
 ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ (١) . وأصبح ميعاد السقوط ، وهو الثلاثون يوما ، كافيا
 لقطعه تقديم صحيفة الدعوى إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملا . وبالجمع
 بين أحكام التقنين المدنى فى الشفعة وهذه الأحكام الجديدة فى تقنين المرافعات ،
 أصبح الأمر يجرى على الوجه الآتى : بعد الشفع صحيفه دعوى الشفعة والصور
 المطلوبة منها ، ويقدمها إلى قلم كتاب المحكمة . فيقوم قلم الكتاب بقيد الدعوى
 فى اليوم نفسه فى السجل الخاص بذلك بعد أن يستوفى الرسم كاملا ، وبهذا
 يتم قيد الدعوى ، ويصبح العمل الأخير من الأعمال الثلاثة التى يجب على
 الشفع القيام بها فى ميعاد الثلاثين يوما هو العمل الأول . ثم يودع الشفع الثمن
 خزانه المحكمة ، وبهذا يتم الإيداع وهو العمل الثانى . ثم يتسلم الشفع من قلم
 كتاب المحكمة أصل صحيفة الدعوى وصورها ويقدمها إلى قلم المحضرين ،
 وبمجرد تقديمها إلى قلم المحضرين يكون قد قطع مدة الثلاثين يوما فيقطع سريان
 هذه المدة . وعلى ذلك يكفيه أن يقوم ، فى خلال الثلاثين يوما ، بقيد الدعوى
 وإيداع الثمن وتقديم صحيفة الدعوى وصورها إلى قلم المحضرين ، فيطمئن
 بذلك إلى أنه قد قام بالقيد والإيداع ورفع الدعوى فى الميعاد القانونى . ويستطيع ،

(١) أما نصوص تقنين المرافعات المتعلقة برفع الدعوى وقيدها ، قبل تعديلها بالقانون
 رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، فكانت تجرى على الوجه الآتى :

م ٦٩ مرافعات : ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تملن قدمى
 عليه على يد أحد المحضرين ، مالم يقض القانون بغير ذلك .

م ٧٥ مرافعات : على المدعى ، بعد تسلمه أصل الصحيفة الملنة ، أن يقدمه لقلم الكتاب
 لتقيد الدعوى بجدول المحكمة فى اليوم السابق لتاريخ الجلسة المحددة لنظرها على الأكثر . والمدعى
 عليه أن يطلب قيد الدعوى يوم الجلسة نفسه بتقديم الصورة الملنة له ، إذا لم يقيد المدعى .
 وتقيد الدعوى التى يكون فيها التكليف بالحضور من ساعة إلى ساعة فى الجلسة نفسها .

م ٧٦ مرافعات : يجوز لرئيس الجلسة أن يأذن بقيد الدعوى فى يوم الجلسة نفسه ،
 إذا وجد لذلك مقتضياً .

م ٧٧ مرافعات : إذا سبق دفع الرسم بأكمله قبل إعلان صحيفة الدعوى ، وجب على قلم
 المحضرين تسليم الأصل لقلم الكتاب بعد إعلانه ، وعلى قلم الكتاب إجراء القيد من تلقاء نفسه .

م ٧٨ مرافعات : إذا لم تقيد الدعوى فى اليوم المعين للجلسة ، جاز لقدمى أو لمدعى
 عليه تحديد جلسة أخرى وإعلان خصمه بها . وإذا لم تقيد الدعوى خلال سنة من تاريخ الجلسة
 الأولى التى سبق تحديدها ، اعتبرت الدعوى كأن لم تكن .

في شيء من الجهد ، أن يقوم بهذه الأعمال الثلاثة في يوم واحد^(١) . فينتفع بميعاد الثلاثين يوماً كاملاً لكل منها ، إذا كان هذا اليوم هو اليوم الأخير من الميعاد^(٢) . ثم يقوم قلم المحضرين ، بعد أن يتسلم من الشفيع صحيفة الدعوى وصورها ، بإعلان الصحيفة في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسليمها أو قبل اليوم المحدد للجلسة إذا حدد قبل ذلك (م ٧٧ مرافعات معدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢) . ولكن مدة الإعلان هذه لا تحسب على الشفيع ضمن ميعاد الثلاثين يوماً ، إذ أن هذا الميعاد يكون قد انقطع بتقديم صحيفة الدعوى وصورها إلى قلم المحضرين كما سبق القول .

ويكون إعلان صحيفة دعوى الشفعة في موطن كل من المشتري والبائع أي في المحل الذي يقيم فيه^(٣) ، على الوجه الذي يبتناه في إعلان الرغبة في الأخذ بالأخذ بالشفعة^(٤) . ويحسب ميعاد الثلاثين يوماً الواجب في خلالها قيد الدعوى

(١) ولا يشترط أن يكون هناك فاصل بين هذه الأعمال الثلاثة ، ولويوم واحد . وقد قضت محكمة النقض ، قبل تعديل تقنين المرافعات بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، بأن نص المادة ٢/٩٤٢ مدني تضمن شرطين ، أولهما أن يودع الشفيع الثمن الحقيقي خزانة المحكمة خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة ، والثاني أن يكون هذا الإيداع سابقاً على رفع الدعوى . وقد هدف المشرع من حصول هذا الإيداع قبل رفع الدعوى إلى ضمان الجدية في طلب الشفعة ، ولم يحدد فاصلاً زمنياً معيناً بين الإيداع ورفع الدعوى . فاشتراط حصول الإيداع في اليوم السابق هو قيد آخر لا يحتمل النص ، ولا يتفق مع فكرة التيسير في الميعاد التي أخذ بها الشارع (نقض مدني ١٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ بمجموعة النقض ١٢ رقم ٩٦ ص ٦١٩) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١١ .

(٣) وإذا ترك المشتري محل إقامته المبين في عقد البيع ، ولم يبين محل إقامته الجديد ، أعلنه الشفيع بدعوى الشفعة في النيابة ، وإلا سقط حق الشفيع إذا ترك الميعاد ينقضي دون إعلان على هذا الوجه (استئناف مخطوط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٥٢ ص ١٠٢٠) .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٥ - وقبل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ كان يجب إعلان صحيفة الدعوى إلى كل من البائع والمشتري في خلال الثلاثين يوماً ، فإذا وصل الإعلان إلى أحدهما في الميعاد القانوني ووصل إلى الآخر بعد هذا الميعاد ، سقط حق الشفيع . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه لا تعتبر دعوى الشفعة قائمة إلا من تاريخ إعلان البائع والمشتري فيها ، وإذن متى كان المشتري قد أعلن بالدعوى في تاريخ لاحق لإعلان البائع ، فإن الدعوى لا تكون قد رفضت إلا من وقت إعلان المشتري (نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ بمجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٣١ ص ٨٦٧) .

ورفعها من اليوم التالى لليوم الذى أعلن فيه كل من المشتري والبائع بالرغبة فى الأخذ بالشفعة . فإذا أعلنوا فى يومين مختلفين فالعبرة باليوم المتأخر منهما على النحو الذى بيناه فى حساب الميعاد بالنسبة إلى إيداع التمن (١) . وبحسب اليوم الأخير . فيجب على الشفيع أن يقدم إلى قلم المحضرين أصل صحيفة الدعوى وصورها . بعد أن يقيد قلم الكتاب الدعوى على الوجه الذى قدمناه ، فى ميعاد نهايته اليوم الثلاثون من اليوم التالى لليوم الذى أعلن فيه كل من المشتري والبائع بالرغبة فى الأخذ بالشفعة . ولم ينص القانون هنا . كما نص فى ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة . على إضافة ميعاد للمسافة إذا اقتضى الأمر ذلك . وبعد تعديل نصوص تقنين المرافعات بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ . بما جعل الأمر بالنسبة إلى الشفيع ينتهى بتقديم صحيفة الدعوى وصورها إلى قلم المحضرين فتنتقطع مدة الثلاثين يوماً عند ذلك . لم يعد الشفيع فى حاجة إلى إضافة ميعاد للمسافة . إذ اصحت العبرة بتقديم صحيفة الدعوى إلى قلم المحضرين ، لا بإعلانها فعلاً إلى البائع والمشتري حتى يكون هناك محل لإضافة ميعاد للمسافة . أما قبل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ . حيث كان يجب أن يتم إعلان البائع والمشتري فعلاً فى خلال الثلاثين يوماً . فالظاهر أنه كان يجب إضافة ميعاد للمسافة بالرغم من عدم النص على هذا الميعاد كما نص عليه فى ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة . وذلك أنه يوجد نص عام فى تقنين المرافعات على مواعيد المسافة ورد فى المادتين ٢١ و ٢٢ من هذا التقنين . فيكتفى بهذا النص العام لإضافة ميعاد للمسافة دون حاجة إلى نص خاص فى ذلك (٢) . وإذا وقع

(١) أنظر آتفاً فقرة ٢١١ -- وانظر نقض مدنى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٠ ص ٤٩٠ -- ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٥ ص ٥١٦ -- وإذا أعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة أولاً بكتاب موصى عليه ، ثم صحح الشكل فأعلن رغبته بورقة رسمية على يد محضر فى الميعاد القانونى . فالعبرة فى حساب الثلاثين يوماً أن تبدأ هذه المدة من تاريخ الإعلان على يد محضر لا من تاريخ الكتاب الموصى عليه (نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٦ ص ٦٩٨) .

(٢) أنظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٠٦ ص ٥١٦ -- ص ٥١٧ -- عد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٢ ص ٤٨٦ -- منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٧ ص ٣٥١ -- وانظر عكس ذلك وأن المشرع قد قصد عدم إضافة ميعاد للمسافة إلى ميعاد الثلاثين يوماً ونص صراحة على إضافة ميعاد للمسافة إلى ميعاد خمسة عشر يوماً من يوم الإنذار الرسمى بوقوع البيع ، لأن =

اليوم الأخير من ميعاد الثلاثين يوماً في يوم عطلة رسمية ، امتد الميعاد إلى أول يوم عمل يلي انتهاء العطلة . على الوجه الذي بيناه في ميعاد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة (١) ، وميعاد الثلاثين يوماً ليس مدة تقادم بل مدة سقوط (٢) ، فيسرى حتى على الغائبين ومن كان غير كامل الأهلية ، ولا يقبل الوقف كما لا يقبل الانقطاع إلا بتقديم صحيفة الدعوى إلى قلم المحضرين على الوجه الذي سبق بيانه .

وغنى عن البيان أن الشفعين إذا لم يتم برفع دعوى الشفعة وقبدها في الميعاد القانوني على الوجه الذي بسطناه ، فإن حقه في الشفعة يسقط ، كما هو صريح نص المادة ٩٤٣ مدني فيما قدمناه (٣) ، فإن هذا النص يقول كما رأينا : « وإلا سقط الحق فيها » (٤) .. ويستطيع المشتري أو البائع أن يدفع بسقوط حق

= الشفعين يكون قد فوجئ* بالملم بالبيع في الحالة الأخيرة ولا مفاجأة في الحالة الأولى : مطا الكلية ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ رقم ١٩٠ ص ٨١٥ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥١ - عكس ذلك أيضاً في عهد قانون الشفعة السابق : أسبوط استثنائي ١٨ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٤٨ ص ٤٣٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥١ - شفيق شحاتة فقرة ٢٧٥ ص ٢٨٤ .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٦ - وانظر نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٣ ص ٣٧٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٤٨ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٠٦ ص ٥١٧ - ص ٥١٨ - وانظر عكس ذلك وأن الميعاد لا يمتد حتى لو كانت نهايته يوم عطلة رسمية استئناف مصر ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٥٥ ص ٧٣٠ .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٤٩ (٣) أنظر آنفاً فقرة ٢١٧ .

(٤) ولا يبتدر تعديل الطلبات في دعوى الشفعة دعوى جديدة مرفوعة بعد الميعاد ، إذا كانت الطلبات الأصلية لم توجد لبساً عند المشتري في حقيقة العقار المطلوب أخذه بالشفعة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا رفع الشفعين دعواه بطلب الشفعة في الألبان المبيعة ، ثم تبين أنه أخطأ في البيانات التي أوردتها في صحيفة الدعوى عن حدود هذه الألبان ورقم القطعة من الحوض الواقعة فيه فعدل طلباته بما يتفق والبيانات الصحيحة ، وكان دفاع المشتري يفيد أنه قد احتج الدعوى مرفوعة من يادى الأمر بطلب الشفعة في هذه الألبان ، فلم يلتبس عليه الأمر بالرغم مما لا يلبس البيانات التي أوردتها الشفعين في صحيفة الدعوى من أخطاء لم تؤثر على مآلاته عنه قصد الشفعين من دعواه وفهم المشتري لها ، فإن الحكم يكون مميماً إذا قضى بسقوط حق الشفعين في الشفعة تأسيساً على أن تعديل الطلبات في هذه الحالة يبتدر رضاءاً للدعوى بطلبات جديدة تخالف الطلبات الواردة في صحيفة افتتاح الدعوى ، وأن هذا التعديل قد جاء بعد مضي أكثر من أربعة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١١١ ص ٩٧٩) .

الشفعة لهذا السبب في أية حالة كانت عليها الدعوى ، كما يجوز إيداء هذا الدفع لأول مرة ولو أمام محكمة النقض ، وللمحكمة أن تقضي بسقوط الشفعة من تلقاء نفسها حتى لو نزل صاحب الحق عن التمسك به (١) ، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في الجزء المترتب على عدم إيداع الثمن في الميعاد القانوني (٢).

٢٢١ - الحكم في الدعوى على وجه السرعة : جاء في آخر المادة ٩٤٣

مدني ، كما رأينا (٣) ، في خصوص دعوى الشفعة : « ويحكم في الدعوى على وجه السرعة » (٤) . وكان تقنين المرافعات الجديد يشتمل على أحكام خاصة بالدعوى التي يحكم فيها « على وجه السرعة » ، وقد حورت هذه الأحكام لما عدل تقنين المرافعات بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ .

فقبل تعديل تقنين المرافعات بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، كانت أهم الأحكام الخاصة بالدعوى التي يحكم فيها على وجه السرعة ، ومنها دعوى الشفعة ، هي ما يأتي : (١) ما نصت عليه المادة ١١٨ مرافعات من أن كل الدعوى التي ينص القانون على وجوب الفصل فيها على وجه السرعة « تقدم مباشرة إلى المحكمة دون عرضها على التحضير » ، ويتعين على المدعى فيها أن يودع مستنداته قلم الكتاب عند قيد دعواه ، ويقدم المدعى عليه ما يكون لديه من مستندات في جلسة المرافعة نفسها . وفي جميع الأحوال تعطى المحكمة

(١) أسيوط الكلية ١٣ يونيو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٨٨ ص ٣٦٩ - محمد كامل

مرسى ٣ فقرة ٤٤٧ ص ٤٤٠ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١٦ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢١٧ .

(٤) وقد كان المشروع التمهيدي يشتمل على نص يل المادة ٩٤٣ مدني هو المادة ١٣٩٢ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : ١٥ - لا تقبل المعارضة في الأحكام الغيابية الصادرة في الشفعة . ٢ - وميعاد استئنافها خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانها . وفي لجنة المراجعة أدخل تعديل على الفقرة الثانية فأصبحت : « وميعاد الاستئناف خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلان الحكم » . ووافق مجلس النواب على المادة بهذا التعديل . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت المادة « لأنها من صميم المرافعات » ، ومشروع قانون المرافعات قد تضمن الحكم بعدم قبول المعارضة في الأحكام الغيابية مادامت الدعوى تنتظر على وجه السرعة ، وجعل ميعاد استئنافها عشرة أيام . ووافق مجلس الشيوخ على حذف المادة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٦ - ص ٤٢٧ في الهامش) .

الخصوم المواعيد المناسبة للاطلاع على المستندات والرد عليها ، وكلما اقتضت الحال تقديم مستندات أو طلبات عارضة أو إدخال خصوم حددت المحكمة المواعيد التي يجب أن يتم فيها ذلك » . (٢) ما نصت عليه المادة ٣٨٦ مرافعات من أنه « لا تجوز المعارضة في الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة ولا في المواد التي يوجب القانون الحكم فيها على وجه السرعة » . (٣) ما نصت عليه المادة ٤٠٢ مرافعات من أنه « ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، يكون ميعاد الاستئناف ... ويكون الميعاد عشرة أيام في المواد المستعجلة والمواد التي يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة ، أيا كانت المحكمة التي أصدرت الحكم » . وقد نصت المادة ٣٧٩ / ١ مرافعات على أن « تبدأ مواعيد الطعن من تاريخ إعلان الحكم ما لم ينص القانون على غير ذلك ، ويكون الإعلان لنفس المحكوم عليه أو في موطنه الأصلي » . ويتلخص كل ذلك في أن النتائج التي كانت تترتب على نظر دعوى الشفعة « على وجه السرعة » هي أن الدعوى لم تكن تعرض على قاضي التحضير ، ولم يكن الحكم فيها قابلا للمعارضة ، وميعاد استئناف الحكم الصادر في الدعوى عشرة أيام تبدأ من تاريخ إعلان الحكم لنفس المحكوم عليه أو في موطنه الأصلي ، وذلك سواء كان الحكم صادرا من محكمة جزئية أو من محكمة كلية (١) .

ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ فأزال التفرقة ما بين الدعاوى العادية والدعاوى التي تنظر على وجه السرعة (٢) ، على الوجه الآتي :

(١) ألغى نظام تحضير القضايا بإلغاء المواد من ١١٠ إلى ١١٧ مكررة مرافعات ، فأصبحت الدعاوى العادية كاللدعاوى التي تنظر على وجه السرعة لا تمر بالتحضير . ولكن لم تلغ المادة ١١٨ مرافعات ، فبقيت دعوى الشفعة ، باعتبارها

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٦٠ - فقرة ٤٦١ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٠٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٤ ص ٤٩٠ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون ، في صدد التعديلات الجوهرية التي أدخلها هذا القانون على نصوص تقنين المرافعات ، ما يأتي : « ومن ذلك سرعان ميعاد الطعن في الحكم من تاريخ صدوره ، وإلغاء المعارضة في الأحكام النهائية كأصل عام ، وإلغاء الآثار القانونية المترتبة على التفرقة بين الدعاوى التي تنظر على الوجه المعتاد والدعاوى التي يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة » .

من الدعاوى التى تنظر على وجه السرعة ، يتعين على الشفيع فيها أن يودع مستنداته قلم الكتاب عند قيد دعواه ، ويقدم المدعى عليه ما يكون لديه من مستندات فى جلسة المرافعات نفسها . (٢) ألغيت المعارضة فى الأحكام ، إذ عدلت المادة ٣٨٥ مرافعات على الوجه الآتى : « لا تجوز المعارضة إلا فى الحالات التى ينص عليها القانون » ، وذلك بعد أن عدلت المادة ٩٥ مرافعات على الوجه الآتى : « إذا تخلف المدعى عليه أو المدعى عليهم كلهم أو بعضهم عن الحضور فى الجلسة الأولى ، وجب على المحكمة فى غير الدعاوى المستعجلة تأجيل نظر القضية إلى جلسة تالية يعلن المدعى بها الخصم الغائب ، ويعتبر الحكم فى الدعوى بمثابة حكم حضورى فى حق المدعى عليهم جميعاً . وعلى ذلك تساوت الدعاوى العادية والدعاوى التى تنظر على وجه السرعة ، من حيث عدم جواز المعارضة فى الأحكام الصادرة فى جميع الدعاوى . (٣) أصبح ميعاد استئناف الحكم الصادر فى الدعوى التى تنظر على وجه السرعة هو نفس ميعاد استئناف الحكم الصادر فى الدعوى العادية ، إذ عدلت المادة ٤٠٢ مرافعات على الوجه الآتى : « ميعاد الاستئناف ستون يوماً ، ما لم ينص القانون على غير ذلك . ويكون اليعاد خمسة عشر يوماً فى المواد المستعجلة ، أياً كانت المحكمة التى أصدرت الحكم . وفى مقابل إطالة ميعاد الاستئناف ، جعل هذا الميعاد يسرى من تاريخ صدور الحكم لا من تاريخ إعلانه ، إذ عدلت المادة ٣٧٩ / ١ مرافعات على الوجه الآتى : « يبدأ ميعاد الطعن فى الحكم من تاريخ صدوره ، ما لم ينص القانون على غير ذلك . وعلى ذلك يكون ميعاد استئناف الحكم الصادر فى دعوى الشفعة هو ستون يوماً من وقت صدور الحكم (١) .

ومجمل القول أن دعوى الشفعة ، بعد القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، أصبحت كغيرها من الدعاوى : لا تمر على قاضى التحضير ، ولا تجوز

(١) ويسرى هذا الميعاد الجديد على الأحكام الصادرة فى دعاوى الشفعة منذ صيرورة القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ نافذاً ، ولورفعت دعوى الشفعة قبل نفاذ هذا القانون ، إذ المبرة فى حق الاستئناف ومواعيده بالقانون المعمول به عند صدور الحكم ، لا بالقانون الذى كان سميلاً به وقت رفع الدعوى (استئناف وطنى ١٦ مارس سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٧ رقم ٤١ ص ٨٢ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٥ ص ٦٢ - ٢٠ مايو سنة ١٩٠٢ الاستقلال ٢ رقم ٢ ص ٩ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٢ الاستقلال ٢ رقم ٣ ص ١٠ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٤ رقم ١٥ ص ٤٩ - محمد كامل مرسى ٣ نقرة ٤٦٥) .

المعارضة في الحكم الصادر فيها ، وميعاد استئناف الحكم فيها ستون يوماً من تاريخ صدوره . وانحصرت الفائدة من كون دعوى الشفعة تنظر على وجه السرعة ، في سرعة تقديم المستندات ، وفي توصية عامة للمحكمة في أن تراعى السرعة في الفصل في الدعوى فلا تكثر من التأجيل وتقتصر مواعيد التأجيلات إذا اقتضاه الأمر ^(١) .

٢٢٢ - الخصوم في استئناف الحكم الصادر في دعوى الشفعة وفي

الطعن فيه بالنقض : رأينا فيما تقدم ^(٢) أن الخصوم في دعوى الشفعة هم الشفعي من جانب وكل من المشتري والبايع من جانب آخر . فلا بد إذن أن يدخل الشفعي في الخصومة كلا من المشتري وأبائهم ، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة . وكما أن هؤلاء هم الخصوم في محكمة أول درجة ، فانهم يبقون كذلك أمام المحكمة الاستئنافية إذا استؤنف الحكم الصادر في دعوى الشفعة ، وأمام محكمة النقض إذا طعن في الحكم بالنقض .

ففيما يتعلق بالاستئناف ، أيا كان الخصم المستأنف ، الشفعي إذا خسر الدعوى والمشتري أو البايع إذا كسب الشفعي الدعوى وقضى له بالشفعة ، يجب على المستأنف ادخال الخصمين الآخرين في الخصومة أمام المحكمة الاستئنافية في الميعاد القانوني ^(٣) . فإذا كان الشفعي هو المستأنف وجب عليه

(١) عبد الممنع فرج الصدة فقرة ٣٢٤ - منصور - صطفي منصور فقرة ١٤٧ ص ٣٥١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١٨ .

(٣) ولا يجوز أن تقدم في الاستئناف طلبات جديدة (م ٤١١ مراقبات) ، وقد قضى بأنه لو كان المطلوب أمام محكمة أول درجة الشفعة في جزء من عقار بنسبة عدد الرؤوس ، ثم طلب كل المقار في المحكمة الاستئنافية ، عد هذا طلباً جديداً فيما زاد على الجزء المطلوب في محكمة أول درجة (استئناف وطني ١٢ يناير سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٥٢٠ - استئناف مصر ١٨ مايو سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٩٢ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٤٦٤) . ويكون للشفعي ، إذا صدر الحكم الابتدائي لمصلحته أن يتسلك بكل الأسانيد القانونية التي أقام عليها دفاعه أمام محكمة أول درجة ، بل ويزيد عليها أسانيد جديدة دون أن يطلب مرفع استئناف فرعي . أما إذا لم يقض له بكل الطلبات ، فانه يجب عليه أن يرفع استئنافاً فرعياً فيما لم يقض له به . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه يترتب على رفع الاستئناف نقل موضوع النزاع برمته إلى محكمة الاستئناف ، وإعادة طرحه مع أسانيد القانونية وأدلة الواقعة . ولذلك يكون للمستأنف عليه الذي صدر الحكم الابتدائي لمصلحته أن يتسلك بكل الأسانيد القانونية التي أقام عليها دفاعه أمام محكمة الدرجة الأولى ، دون أن يكون مطالباً بأن يرفع -

إدخال كل من البائع والمشتري ، وإذا كان المشتري أو البائع هو المستأنف وجب عليه ادخال الشفع والحصم الآخر (البائع أو المشتري) . والواجب ، في عهد تقنين المرافعات السابق ، إدخال كل من الحصمين الآخرين وإعلانهما بالاستئناف في الميعاد القانوني ، وإلا كان الاستئناف باطلا (١) . وقد كانت

«استئنافاً فرعياً . وذلك إذا كان قد حكم له بطلباته كلها ، إذ في هذه الحالة تكون مصلحته في رفع الاستئناف منعدمة . أما إذا كان لم يحكم له إلا ببعض الطلبات ، فيكون هناك محل للاستئناف المطالبة بما لم يحكم له به . ويجب في هذا المقام أن يكون المحكوم يرفضه طلباً بالمعنى الصحيح في القانون (chef de demande) . فإذا كان المدعى قد أقام دعواه بالشفعة على أنه مالك بالشروع ، وأن أطبائه تجاور المقار المشفوع فيه من جهتين ، وأن له عليه حق ارتفاق ، فندبت المحكمة الابتدائية خيراً في الدعوى لتحقيق هذه الأسباب ، ثم قضت للشفيع بطلباته استناداً على ماظهر من تقرير الخبير من ثبوت الجوار بين الحدين ، وعند ما استأنف المشتري هذا الحكم أصر الشفع أمام محكمة الاستئناف على تمسكه بسببي الشفعة الآخرين وطلب تأييد الحكم المستأنف ، فن الخطأ أن تقول محكمة الاستئناف إن الشفع يعدم استئنافه الحكم فيما يتعلق بذنك السببين يكون قد انتهى إلى التمسك بسبب الجوار فقط ، وتلفتت بناء على ذلك عن السببين الآخرين اللذين أصر عليهما أمامها (نقض مدني ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة ع ٣ رقم ٨ ص ١٧) :»

(١) وقد قضى بأنه إذا أهل الشفع إعلان البائع في ميعاد الاستئناف لم يقبل استئنافه . إلا إذا كان البائع قد انضم إلى الشفع في طلباته أمام محكمة أول درجة (استئناف مخطط ١٦ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩١) . أما إذا كان البائع لم يحضر أمام محكمة أول درجة ، فإنه يعتبر معارضاً لدعوى الشفعة (استئناف مخطط ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٢) . وعدم إدخال البائع في الاستئناف يجعل الاستئناف غير مقبول ، حتى لو حضر البائع من تلقاء نفسه أمام محكمة الاستئناف إذا كان حضوره بعد فوات ميعاد الاستئناف ، إذ أن المشتري يكون قد كسب حق دفع الاستئناف بأنه غير مقبول شكلاً ، ومع ذلك يكون حضور البائع من تلقاء نفسه أمام الاستئناف بعد الميعاد مقبولا إذا كان قد انضم إلى الشفع أمام محكمة أول درجة (استئناف مخطط ١٦ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩١ - ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٣) . وإذا كان الاستئناف لا يتناول حق الشفعة ذاته ، كأن يتناول المبلغ الذي يجب على الشفع دفعه كالحق للثمن ، فإن إدخال البائع في الاستئناف غير واجب . فإذا أراد المشتري المجادلة في حق الشفعة ذاته ، فإن عليه أن يدخل البائع في الدعوى ، وإلا كان استئناف المشتري الفرعي غير مقبول (استئناف مخطط ٧ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٣) . ومع ذلك فقد قضى بأنه إذا كان الاستئناف مرفوعاً من المشتري ، فإنه يكون مقبولا ولو لم يعلن البائع ، لأن شرط إعلان البائع لا يستلزمه القانون إلا بالنسبة إلى الشفع (استئناف مخطط ٧ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٨) . ومصروفات إدخال البائع في الدعوى تكون على الشفع أو المشتري ، أيهما خسر الدعوى (استئناف مخطط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٨٨) .

وانظر في كل ذلك محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٦٢ ص ٤٥١ - ٤٥٢ .

محكمة استئناف مصر قد قضت بأن وجوب رفع الدعوى فى ميعاد معين على البائع والمشتري معاً مقصور حكمه على دعوى الشفعة عند رفعها ، أما بعد رفع الدعوى وصدور حكم فيها فإن رفع استئناف عن هذا الحكم لا يخضع لهذه القاعدة الخاصة وإنما يخضع للقواعد العامة المقررة فى باب الاستئناف . لذلك وجب ألا يعاب على الشفيع المستأنف للحكم الصادر فى دعوى الشفعة ، وهى دعوى غير قابلة للتجزئة ، أن يكون قد فاته أن يعلن البائع فى الميعاد القانونى إذا كان قد أعلن المشتري فى الميعاد المذكور . ذلك أن القواعد العامة المقررة فى باب الاستئناف فى الدعاوى غير القابلة للتجزئة تقضى بأنه إذا رفع الاستئناف فى الميعاد بالنسبة إلى واحد من المحكوم لهم ، صح الاستئناف ولو لم يعلن الباقي إلا بعد الميعاد القانونى (١) . ولكن عندما طعن فى هذا الحكم بالنقض ، لم تقر محكمة النقض محكمة الاستئناف على ما ذهب إليه ، وقضت بأنه إذا أعلن الشفيع المشتري بالاستئناف فى الميعاد القانونى ، ولم يعلن البائع إلا بعد هذا الميعاد ، فإن الاستئناف يكون غير مقبول . ذلك أن القانون فى دعوى الشفعة قد حتم انتصام أفراد مخصوصين فى الميعاد المعين لها ، فيكون واجباً على الشفيع اختصاصهم فى الميعاد المذكور وإلا كانت دعواه غير مقبولة ، والحال كذلك فى الاستئناف . فطلب الشفعة هو طلب موجه إلى البائع والمشتري فى آن واحد ، والحكم فى هذا الطلب هو حكم عليهما معاً (٢) . ونرى من ذلك أن

(١) استئناف مصر ٢ فبراير سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٣٣ ص ٦٥ .

(٢) نقض ملق ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣ ص ٢٢ - وقالت محكمة النقض فى أسباب حكمها : « ومن حيث إن المادة ١٥ من قانون الشفعة تنص على وجوب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري معاً وإلا سقط الحق فيها . وإذا لوحظ أن القانون الملغى لم يكن - قبل صدور قانون الشفعة - يقضى بإدخال البائع فى الدعوى ، بل كان يكتفى برفع الدعوى على المشتري فقط ، لزم عن ذلك القول بأن إدخال البائع فى دعوى الشفعة من الأحكام المتعلقة بحق الشفعة نفسه ، أى أنه شرط فى صحة استعماله ، بحيث إذا تخلف هذا الشرط سقط حق الشفعة . وحكمة ذلك أن طلب الشفعة هو طلب موجه فى الحقيقة إلى البائع والمشتري فى آن واحد ، والحكم فى هذا الطلب هو حكم عليهما معاً ، لأن الشفيع بموجب المادة ١٣ من قانون الشفعة يحل بالنسبة إلى البائع محل المشفوع منه فى جميع ما كان له من الحقوق أو طيه من الواجبات . وبهذا يتحول عقد البيع من كونه بين البائع والمشتري إلى كونه بين البائع والشفيع ، فتسقط حقوق البائع قبل المشتري ولا يكون له أن يطالب بها إلا الشفيع الذى -

محكمة النقض قد قررت في عهد قانون الشفعة السابق وتعين المرافعات السابق أن يختصم الشفع في الاستئناف كلا من البائع والمشتري ، وأن يعلن كلا منهما بالاستئناف في الميعاد القانوني ، فاذا أعلن أحدهما في الميعاد القانوني والآخر بعد هذا الميعاد كان استئنافه غير مقبول .

ولكن تعين المرافعات الجديد استحدث نصا هو المادة ٣٨٤ منه وتجري على الوجه الآتي : « لا يفيد من الطعن إلا من رفعه ، ولا يحتج به إلا على من رفع عليه . على أنه إذا كان الحكم غير قابل للتجزئة أو في التزام بالتضامن أو

= حل محله . وكما تكون حقوق البائع قبل الشفع لا قبل المشتري ، يكون كذلك ماعليه من الواجبات باعتباره بائعا للشفع لا للمشتري ، فيكون البائع أن يطالبه بالتئن ويكون عليه أن يضمن له المبيع ، وطلب الحكم بالشفعة هو طلب الحكم بكل ذلك . ومن حيث إن المادة ١٧ (من قانون الشفعة السابق) نصت على أن ميعاد الاستئناف في دعاوى الشفعة خمسة عشر يوماً من يوم إعلان الحكم . ولما كان الاستئناف يعيد الدعوى إلى حالتها الأولى ، فانه يجب عند استئناف الحكم الصادر في دعوى الشفعة ، ليكون الاستئناف مقبولا شكلا ، أن يعلن إلى كل من المشتري والبائع في ميعاد الاستئناف الذي يفتحه أحدهما بإعلان الحكم . فاذا كان الحكم قد أعلن من المشتري ، ولم يعلن الشفع البائع مع المشتري في الميعاد القانوني ، فلا يقبل استئنافه . ولا وجه للقول بأن ميعاد الاستئناف يظل مفتوحاً بالنسبة إلى البائع ، لأنه حتى إذا كان البائع أعلن الشفع بعد الإعلان الموجه إليه من المشتري فان ميعاد الاستئناف يبدأ من الإعلان الأول ، إذ أنه في الحالة التي يكون فيها موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة إذا أعلن الحكم كل ذوى الشأن الذين كسبوا الدعوى إلى المحكوم عليه ، وكانت إعلانتهم في تواريخ مختلفة ، فان ميعاد الاستئناف يبدأ من أول إعلان . على أنه مادام القانون قد حتم اختصاص أفراد مخصوصين في الدعوى في الميعاد المعين لها ، فانه يكون واجباً على الشفع اختصاصهم في الميعاد المذكور وإلا كانت دعواه غير مقبولة . والجال كذلك في الاستئناف . ولا يفس من ذلك ما تعرض له الحكم المطعون فيه في شأن قاعدة نسبية الآثار المترتبة على إجراءات المرافعات ، فانه وإن كانت آثار إعلان الأحكام من حيث قبول الاستئناف وعدم قبوله لا تكون إلا بالنسبة إلى المعلن والمعلن إليه من الخصوم في الدعوى عند تعدد الحكوم لهم أو المحكوم عليهم على السواء ، فيما عدا حالتى التضامن وعدم إمكان التجزئة ، فالحال هنا تختلف مادام القانون - كما سلف - يستوجب اختصاص المشتري والبائع معاً في دعوى الشفعة في الميعاد المعين لها « (نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣ ص ٢٢) - وانظر أيضاً نقض مدني ١٥ يوفيه سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٢٧ رقم ١٢٧ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٢٨ رقم ١٣٠ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٢٨ رقم ١٢٨ - ١٢ مايو سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٢٨ رقم ١٢٩ .

في دعوى يوجب القانون فيها اختصاص أشخاص معينين ، جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع في الميعاد من أحد زملائه متضماً إليه في طلباته . وإذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم في الميعاد ، وجب اختصاص الباقي ولو بعد فواته بالنسبة لهم ولما لم يكن هذا النص موجوداً في تقنين المرافعات السابق الذي قررت في عهده محكمة النقض المبدأ المتقدم الذكر ، فالظاهر أن هذا النص الجديد من شأنه أن يعدل من هذا المبدأ . لا يزال من الواجب دون شك أن يختص الشفع في الاستئناف كلا من المشتري والبائع وإلا كان استئنافه غير مقبول . ولكنه إذا أعلن أحدهما بالاستئناف في الميعاد القانوني وأعلن الآخر به بعد فوات هذا الميعاد ، كان استئنافه مقبولا . ذلك أن دعوى الشفعة يصدق عليها وصف أنها غير قابلة للتجزئة ووصف أن القانون يوجب فيها اختصاص أشخاص معينين ، فينطبق عليها الاستثناء الوارد في المادة ٣٨٤ مرافعات سالفة الذكر . ومن ثم ينطبق عليها ما ورد في آخر النص من أنه « إذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم في الميعاد ، وجب اختصاص الباقي ولو بعد فواته بالنسبة لهم » . فإذا أعلن الشفع الاستئناف إلى المشتري مثلاً في الميعاد القانوني ، وجب عليه اختصاص البائع وإعلانه بالاستئناف ولو بعد فوات ميعاد الاستئناف ، ويكون استئنافه مقبولا بالرغم من أنه أعلن للبائع بعد فوات الميعاد (١) .

(١) وقد أقرت محكمة النقض فعلاً هذا الرأي ، فقضت بأنه متى كان الاستئناف قد رفع بتكليف بالحضور على اعتبار أن الدعوى التي صدر فيها الحكم المتأنتف دعوى شفعة يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة ، وقد اختص المتأنتف في صحيفة الاستئناف الشفع المحكوم له ابتداءً والباقيين ، وقام بإعلان الاستئناف إلى الياثين بعد فوات الميعاد ، فإن إعلان الاستئناف إلى الياثين بعد فوات الميعاد لا يترتب عليه سقوط الحق في الاستئناف ، لا بالنسبة إلى جميع المتأنتف عليهم ولا بالنسبة إلى أهم ، وذلك تطبيقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٣٨٤ من قانون المرافعات (نقض مدني ٨ أبريل سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٧٧ ص ٤٧٦) - وانظر محمد علي عروة ٢ فقرة ٣١٠ .

هذا وقد سوى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ بين الدعاوى المادية والدعاوى التي ينظر فيها على وجه السرعة من حيث إن الاستئناف في جميع هذه الدعاوى يرفع « بتكليف بالحضور يراعى فيه الأوضاع المقررة لصحيفة افتتاح الدعوى ، ويجب أن تشمل صحيفته على بيان الحكم المتأنتف وأسباب الاستئناف ، وإلا كانت باطلة » (م ١/٤٠٥ مرافعات معدلة بالقانون رقم ١٠٠-

وفيما يتعلق بالنقض ، لا بد من اختصاص الشفع والمشتري والبائع ، سواء كان الطاعن هو الشفع أو المشتري أو البائع . فإذا كان الشفع هو الطاعن ، فلا بد من أن يوجه الطعن إلى كل من المشتري والبائع ، وأن يعان كلا منهما بتقدير الطعن في الميعاد القانوني . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن القانون قد أوجب على الشفع اختصاص المشتري والبائع كليهما معاً في دعوى الشفعة ، وإلا كانت غير مقبولة . وهذا الحكم يسرى على الدعوى في درجتي التقاضي الابتدائية والاستئنافية . ولما كان الطعن بالنقض مرحلة من مراحل الدعوى ينظر فيها من حيث الموضوع عند تصدى محكمة النقض له ، فإن اختصاص المشتري والبائع كليهما في الطعن يكون واجبا كذلك . ولا يفتقر من هذا النظر ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون الصادر بإنشاء محكمة النقض من أن لرافع النقض الحرية في تعيين الخصوم الذين يراد إدخالهم في الدعوى دون إلزامه بتوجيه الطعن إلى جميع الخصوم في الحكم المطعون فيه ، فإن هذا لا يمكن أن يفيد أنه في دعوى الطعن لا يكون الطاعن ملزماً باختصاص من لا تقبل الدعوى إلا باختصاصه . بل معناه أنه بعد مراعاة مقتضى الحال من اختصاص من يجب قانوناً اختصاصه في الدعوى ، يكون للطاعن أن يقصر الطعن على من يهيمه نقض الحكم في حقه . وعلى ذلك إذا لم تعلن البائعة في دعوى الشفعة بتقرير الطعن ، كانت دعوى الطعن بالنقض غير مقبولة . وللنيابة العامة أن تطالب الحكم بعدم

— لسنة ١٩٦٢) . وبقيت المادة ٣٨٤ مرافعات كما هي تطبق على جميع الدعاوى ، بما في ذلك دعوى الشفعة التي تعتبر كما قدمنا دعوى غير قابلة للتجزئة ودعوى يوجب القانون فيها اختصاص أشخاص معينين ، ولم يمس القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ المادة ٣٨٤ مرافعات المذكورة بأي تعديل .

وإذا قضت محكمة أول درجة بسقوط الحق في الشفعة ، فإن الاستئناف المرفوع عن هذا الحكم يطرح الدعوى بما احتوته من طلبات ودفع وأوجه دفاع على محكمة الاستئناف . فلا يجوز لها ، في حالة إلغاء هذا الحكم ، أن تميد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى لنظر موضوعها من جديد . ولا يغير من هذا الأمر أن يكون سند الحكم بسقوط الحق في الشفعة هو إعلان أحد الخصوم . وذلك لأن هذا الإعلان ليس هو الغاية من الدفع به . وإنما هو مجرد وسيلة للوصول إلى القضاء بسقوط حق المدعي في الشفعة ، على اعتبار أن الميعاد المحدد لطلبها قضاء قد انقضى دون أن ترفع على البائع والمشتري وفقاً لما يتطلبه القانون ، ومن ثم فلا يصح النظر إلى هذا الإعلان مستقلاً عن الغاية من التمسك به والأثر المترتب عليه (نقض مدني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢١٧ ص ١٣٨٤) .

قبول الطعن ، بسبب عدم صحة اختصاص من لا يصح الطعن إلا باختصاصه (١) . وقد استقر قضاء محكمة النقض على ذلك ، فقضت بأنه متى كان الطعن مرفوعاً من أحد ورثة الباتمة دون باقي الورثة الذين كانوا خصوماً في الاستئناف ، فإن الطعن يكون غير مقبول شكلاً (٢) . وقضت كذلك بأن بطلان الطعن بالنسبة إلى أحد الباتعين يترتب عليه حتماً عدم قبوله شكلاً بالنسبة إلى باقي المطعون عليهم (٣) . وإذا كان الواجب إعلان جميع المطعون عليهم بتقرير الطعن في

(١) نقض مدني ٦ يونيو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٢ ص ١٨٩ - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٦٧ - محمد علي حرفة ٢ فقرة ٣١١ ص ٥٢٥ .

(٢) نقض مدني ١٧ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ١٨٩ ص ٤٣٥ .

(٣) نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢٨١ ص ٦٤٠ - وانظر أيضاً :

نقض مدني ١٩ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧١ ص ٥٤٣ (لا بد لقبول دعوى الشفعة من اختصاص الشفيع والمشتري والبايع ، سواء في أول درجة أو في الاستئناف أو في النقض ، وسواء كان رافع الدعوى أو الطاعن في الحكم هو الشفيع أو المشتري أو البايع . فإن رفضها أحدهم في أية مرحلة من مراحلها تلك ولم يخاصم صاحبه ، قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها ، إذ لا حكم إلا في دعوى ولادعوى بغير خصم . ذلك بأن الشفعة في نظر القانون هي تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البايع والمشتري إلى ما بين البايع والشفيع ، فنزول صلة البايع بالمشتري فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع لتكون صلته في تلك الحقوق بالشفيع . فهي عملية قانونية تلزم بين أطراف ثلاثة ، كل منهم طرف حقيق ضروري فيها حتى يمكن قانوناً حصول هذا التحويل الواقع في حقوقهم هم الثلاثة بعضهم على بعض ، ولا يتصور إلا قبل ثلاثتهم جميعاً . فدعوى الشفعة ، والمقصود بها إجراء عملية هذا التحويل قضاء ، يجب بطبيعة الحال أن تكون دائرة بينهم هم الثلاثة كذلك) - ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣٤ ص ٦٥٦ - ٢ يونيو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٨ ص ٧٨٧ (إذا كان اختصاص شخص معين في الطعن بالنقض لازماً لقبوله ، كما هي الحال في دعوى الشفعة التي يجب قيامها بين أطرافها الثلاثة ، واختصاصه الطاعن في تقرير الطعن ولكنه لم يملئه إليه إلا بد فوات المياد المئين لذلك ، كان الطعن باطلاً بالنسبة إليه ، وكان إذن غير مقبول لعدم اختصاصه) - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٩ ص ١٠١ (إذا كانت الطاعة وهي المشتري ، وإن كانت قد اختصت في طعنها الشفيع والبايعين ، أطلت الطعن لأحد هذين الباتعين بعد انقضاء المياد المحدد في القانون لصحة الإعلان ، فإن طعنها يكون غير مقبول شكلاً ، لأن هذا البايع وقد أعلن إعلاناً باطلاً بعد المياد يكون غير مخاصم في الطعن) - وانظر أيضاً نقض مدني ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٢١٣ - ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٣ ص ٢٩٦ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٦٠ ص ٤٢٠ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨٦ ص ٦٦٦ .

الميعاد القانوني في عهد تقنين المرافعات السابق ، ففي عهد تقنين المرافعات الجديد وطبقا للمادة ٣٨٤ من هذا التقنين السالف ذكرها ، إذا أعلن بعض المطعون عليهم بقرار الطعن في الميعاد القانوني فإنه يجوز إعلان باقي المطعون عليهم بعد فوات هذا الميعاد ، ويكون الطعن في هذه الحالة مقبولا شكلا ، لأن دعوى الشفعة غير قابلة للتجزئة ولأنها من الدعاوى التي يجب أن يختصم فيها أشخاص معينون (١) .

٢٢٢- الحكم النهائي بثبوت الحق في الشفعة وتسجيله - نص قانوني :

تنص المادة ٩٤٤ مدني على ما يأتي :

والحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفعية ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل (٢) .

(١) نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٩ ص ٤١١ - على أن تقرير الطعن بالنقض يجب أن يبين فيه أسماء جميع الخصوم الواجب اختصاصهم ، وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه وإن كانت المادة ٣٨٤ مرافعات تنص على أنه إذا رفع الطعن عن حكم صادر في دعوى يوجب القانون اختصاص أشخاص معينين فيها كما هي الحال في دعوى الشفعة على أحد المحكوم لهم في الميعاد ، وجب اختصاص الباقيين ولو بعد فواته بالنسبة إليهم ، إلا أن هذه المادة مقيدة في الطعن بطريق النقض بما أوجبه المادة ٤٢٩ مرافعات من أن الطعن بالنقض لا يكون إلا بتقرير يحصل في قلم كتاب المحكمة يبين فيه أسماء جميع الخصوم الواجب اختصاصهم . وإذن فمضى تبين أن تقرير الطعن قد خلا من اختصاص الباقية ، فإنه يكون غير مقبول شكلا (نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٩٤ ص ٥٥٢) .

وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣١١ ص ٥٢٦ - ص ٥٢٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩٣ من المشروع التمهيدي على الوجه

الآتي : ١ - الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفعية ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها . ٢ - ويسرى على تسجيل حكم الشفعة نص المادة ١٣٩٠ الخاصة بتسجيل إعلان الرغبة وما يترتب على هذا الإعلان . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية وعُدل حكم الفقرة الأولى بترك أمر تسجيل حكم الشفعة لقواعد الشهر بعد فصلها عن القانون المدني ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ١٠١٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٠ - ص ٤٣١) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق : م ١٨ - الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفعية ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها .

م ٤/١٤ : ونصوص هذه المادة المختصة بتسجيل الطلب وما يترتب عليه تسرى على تسجيل حكم الشفعة المنصوص عنه في المادة الثانية عشرة الآتي ذكرها . (وقانون الشفعة السابق -

ومخلص من هذا النص أنه إذا صدر حكم نهائي بثبوت حق الشفع في الشفعة ، فإن هذا الحكم يعتبر سنداً للملكية الشفع للعقار المشفوع فيه ، فما هو المقصود بعبارة أن الحكم « يعتبر سنداً للملكية الشفع » ؟ لقد اقتبس نص المادة ٩٤٤ مدني الذي وردت فيه هذه العبارة من المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق ، إذ كانت هذه المادة الأخيرة تجري على الوجه الآتي : « الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها » . وقد عرضت محكمة النقض لتفسير عبارة « يعتبر سنداً للملكية الشفع » الواردة في المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق ، فذهبت إلى أن المقصود « بسند الملكية » هو السبب القانوني المنشئ لحق الملكية ، لا دليل الملكية وحجيتها . ولا شك في أن عبارة « سند الملكية » تحتل المعنيين ، معنى السبب القانوني المنشئ لحق الملكية ومعنى دليل الملكية وحجيتها . وبحسبنا هنا أن ننقل بعض أسباب حكم لمحكمة النقض ، ناقشت فيه هذين المعنيين ، وأخذت بالمعنى الأول دون الثاني . قالت المحكمة : « وحيث إن الطعن مبناه أن الحكم المطعون فيه قد أخطأ في تفسير المادتين ١٣ و ١٨ من قانون الشفعة . . . أما خطأ الحكم في تفسير المادتين ١٣ و ١٨ من قانون الشفعة فوجهه أن الحكم قد استند إلى هاتين

— يجعل المحكمة تسجل من تلقاء نفسها حكم الشفعة ، أما التقنين المدني الجديد فيجعل قانون الشهر العقاري هو الذي يصرى ، فيتبع في تسجيل حكم الشفعة ، الإجراءات المقررة في هذا القانون) . ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٤٨ (مطابق) .

التقنين المدني المراقم ١١٤١ : يثبت ملك الشفع المشفوع عند تنفيذ الحكم القاضي بالشفعة بالتسجيل في دائرة الطابو ، أو عند التسجيل في الطابو في حالة التراضي على الشفعة . (والتقنين المراق ، طبقاً لأحكام الطابو أو السجل العيني ، لا ينقل ملك العقار المشفوع فيه للشفع إلا بالتسجيل في الطابو ، والذي يسجل هو الحكم القاضي بثبوت الشفعة أو سند التراضي على الشفعة) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٢ (مدلة بقانون « شباط سنة ١٩٤٨) : يثبت حق

الشفعة ويكتسب الشفع حق التسجيل ، إما بتسليمه العقار المشفوع برضا المشتري بعد دفع الثمن وتوايه المينة بالمادة ٢٤٩ ، وإما بحكم صادر لمصلحة الشفع . (والقانون اللبناني ، طبقاً لأحكام السجل العيني ، يوجب تسجيل الحكم بالشفعة أو التراضي عليها في السجل العيني ، حتى تنتقل الملكية إلى الشفع) .

المادتين في القول بأن حكم الشفعة ينشئ ملكية الشفيع ولا يقررها ، في حين أن التفسير الصحيح لهاتين المادتين لا يؤدي إلى ما استخلصته المحكمة منها . ذلك لأن المادة ١٨ تنص على أن الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيع ، وهذا النص لا يفيد أكثر من أن حكم الشفعة هو دليل الشفيع على ملكية العين المشفوعة ، كما أن حكم القسمة هو دليل المتقاسم على ملكية ما اختص به في القسمة . أما سبب الملكية ، وهو غير دليلها ، فسابق على الحكم في كلتا الحالتين . . . والشفيع في ذلك شبيه بصاحب حق الاسترداد الوراثي ، والحكم له ، فيما هو مجمع عليه في فرنسا وفي مصر ، يقرر حقه ولا يأنشئه ، وأثره لا يبدأ من يوم صدوره بل يرجع إلى يوم البيع الذي حل فيه المسترد على المشتري وحيث إن الشارع إذا كان قد نص في المادة ١٨ من قانون الشفعة على أن حكم الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيع (*titre de propriété*) فإنه لم يرد بهذا النص أن يعتبر الحكم المذكور حجة أو دليلا على الملكية التي قضى بها ، وإلا لكان هذا النص عبثا مع وجود المادة ٢٣٢ التي نصت على حجية الأحكام . بل الذي أراده الشارع هو اعتبار حكم الشفعة سببا قانونيا (*cause juridique*) للملكية الشفيع ، كما أراد بنص المادة ٨٨٧ من قانون المرافعات اعتبار حكم البيع سببا قانونيا للملكية من رسا عليه المزايد ، وكما أراد بنص المادة ٦٠٨ من القانون المدني اعتبار مجرد وضع اليد سببا صحيحا للملكية واضع اليد على المنقول . وكلمة سند (*titre*) التي وردت في هذه النصوص كلها إنما جاءت على معنى السبب القانوني المنشئ لحق الملكية ، ولم تنبئ على معنى دليل الملكية أو حجييتها ، وهي كان حكم الشفعة في نظر القانون هو سبب ملكية الشفيع ومنشأها ، فإن مقتضى هذا النظر ولازمه ألا يصير المشفوع إلى ملك الشفيع إلا بعد الحكم . أما قبله فلا ، لأن المسبب لا يوجد قبل سببه ، ولأن ما جعله الشارع من الأحكام منشئا للحقوق لا ينسحب على الماضي ، (١)

ونقتصر هنا على تسجيل المعنيين المختلفين لمعنى عبارة « سند ملكية الشفيع » ، وعلى الإشارة إلى أن قضاء محكمة النقض قد استقر على الأخذ بأن السند معناه

السبب القانوني المنشئ للملكية الشفيع ، على أن نعود إلى مناقشة هذه المسألة فيما يلي (١) .

يتى تسجيل الحكم النهائي بثبوت الشفعة . وقد كان قانون الشفعة السابق يقضى في المادة ١٨ منه ، كما رأينا ، بأن « على المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها » . وكان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٤٤ من التقنين المدني الجديد يقضى بنفس الحكم ، ولكن لجنة المراجعة عدلت النص بأن تركزت « أمر تسجيل حكم الشفعة لقواعد الشهر بعد فصلها عن القانون المدني » (٢) . والقواعد المقررة في قانون الشهر العقاري لسنة ١٩٤٦ تقضى بأن « تم إجراءات الشهر في جميع الأحوال بناء على طلب ذوى الشأن أو من يقوم مقامهم » (م ٢٠ من قانون الشهر العقاري) . وعلى ذلك لا تقوم المحكمة من تلقاء نفسها بتسجيل حكم الشفعة كما كانت الحال في قانون الشفعة السابق ، بل يقوم الشفيع وهو صاحب الشأن في التسجيل بمباشرة إجراءاته (٣) . ويأشروا وفقاً للقواعد المقررة في قانون الشهر العقاري (٤) ، فيقدم طلب التسجيل للأمورية الشهر العقاري التي يقع العقار المشفوع فيه في دائرة اختصاصها (م ٢١ قانون الشهر العقاري) ، ويتم التسجيل في مكتب الشهر العقاري الذي تتبعه هذه الأمورية (م ٥ من قانون الشهر العقاري) .

(١) انظر فقرة ٢٢٩ .

(٢) أنظر آنفاً ص ٦٩٥ هامش ٢ .

(٣) حتى قبل نفاذ التقنين المدني الجديد في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، كانت المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق التي تقضى بأن تسجل المحكمة من تلقاء نفسها حكم الشفعة قد عدلت بالمادة ٢٠ من قانون الشهر العقاري الذي أصبح نافذاً منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ ، فأصبح الذي يقوم بتسجيل حكم الشفعة هو الشفيع صاحب الشأن في التسجيل ، ولا تقوم به المحكمة من تلقاء نفسها . وكذلك كانت المادة ٤/١٤ من قانون الشفعة السابق التي تقضى بأن يكون تسجيل حكم الشفعة يتم في الجهة التي يتم فيها تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أي في الحاكم الوطنية والمحاكم المختلطة ، قد ألغيت ، لأن قانون الشهر العقاري وهو يلغى كل نص يخالف أحكامه (م ٦٠ من قانون الشهر العقاري) يقضى بأن يحصل التسجيل في مكتب الشهر العقاري الذي يقع العقار في دائرة اختصاصه (م ٥ من قانون الشهر العقاري) . ولذلك عند ما صدر التقنين المدني الجديد يقضى في المادة ٩٤٤ منه بأن يتم تسجيل حكم الشفعة ودون إدخال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل ، إنما كان يقرر أمراً قد وقع بالفعل منذ نفاذ قانون الشهر العقاري . انظر محمد

كامل مرسى ٣ فقرة ٤٦٨ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ١٥٢ وما بعدها .

وإذا سائرنا محكمة النقص واعتبرنا حكم الشفعة منشأ للملكية الشفيع ، فإن تسجيل هذا الحكم يجرى تطبيقاً للمادة ٩ من قانون الشهر العقاري ، وتنص على أن « جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، يجب شهرها بطريق التسجيل . . . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . . . » (١) . فقبل تسجيل حكم الشفعة ، لا تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى الغير . فإذا ما سجل الحكم ، انتقلت الملكية إلى الشفيع ، ويكون انتقالها من وقت التسجيل ، سواء بالنسبة إلى الغير أو بين ذوي الشأن ، طبقاً للرأى الذى استقر عليه قضاء محكمة النقص فى خصوص نفي الأثر الرجعى للتسجيل بين ذوي الشأن .

وإذا قلنا إن حكم الشفعة ليس منشأ للملكية الشفيع ، وإنما هو كاشف عن ثبوت حق الشفيع فى الشفعة كما سيجيء (٢) ، شأنه فى ذلك شأن سائر الأحكام تكشف عن الحق لا تنشئه ، فتسجيله لا يمكن أن يكون على اعتبار أنه حكم منشىء . كذلك لا يمكن أن يكون على اعتبار أنه حكم بتصرف ، ناقلًا كان هذا التصرف أو كاشفاً (٣) ، لأنه لا يقضى بحصول تصرف ما ، وإنما يقضى بحصول واقعة الشفعة وهى واقعة مركبة وليست تصرفاً محضاً كما سبق القول . وقد كان يحسن إفراد نص خاص فى قانون الشهر العقاري يقضى بوجوب تسجيل حكم الشفعة حتى تنتقل الملكية إلى الشفيع ، فيكون هذا النص هو الذى تشير إليه المادة ٩٤٤ مدنى عندما تقول «دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل» . وقد تدارك قانون السجل العيني هذا النقص ، فأورد هذا النص الخاص وربط فيه ما بين تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وتسجيل الحكم بالشفعة ، فنصت المادة ٣٦ من هذا القانون على أنه « يجب التأشير بإعلان الرغبة فى الأخذ

(١) أنظر آنفأس ٣٥٥ - وانظر حامد فهمى فى نظرية التصرفات الإقرارية والإنشائية مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى فقرة ٢٢ .

(٢) أنظر مايل ص ٧٢٦ .

(٣) قارن محمد حل عرقة ٢ فقرة ٣١٥ ص ٥٣٤ .

بالشفعة في صحف الوحدات العقارية ، ويترتب على ذلك أنه إذا تقرر حق الشفع بحكم قيد في السجل أن يكون حجة على من ترتب لم حقوق عينية ابتداء من تاريخ التأشير المذكور ^(١) . وما دام هذا النص لم يوجد في قانون الشهر العقاري ، فإن أقرب نصوصه إلى تسجيل حكم الشفعة هو النص القاضي بتسجيل « دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية » (م ٢/١٥ من قانون الشهر العقاري) . فالحكم بالشفعة هو حكم بحلول الشفع محل المشتري في عقد البيع الذي تم ما بين المشتري والبائع . ولما كان عقد البيع هذا واجب التسجيل حتى تنتقل الملكية إلى المشتري ، ولما كان حكم الشفعة قد كشف عن أن الشفع قد حل محل المشتري بالرغم من منازعة المشتري والبائع في ذلك ، فيكون حكم الشفعة هو حكم بأن التعاقد قد وقع للشفيع دون المشتري . فهو بمثابة حكم بصحة التعاقد ، ولكن لا لمصلحة المشتري الأصلي بل لمصلحة الشفع . ومن ثم وجب تسجيله كما يسجل الحكم بصحة التعاقد ، حتى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه بهذا التسجيل من البائع إلى الشفع ، بدلا من انتقالها من البائع إلى المشتري . وكما أن الحكم بصحة التعاقد في البيع يجعل منه المشتري سندا يغنيه عن عقد البيع الصالح للتسجيل ، فيسجله فتنتقل إليه ملكية المبيع ، كذلك الحكم بالشفعة يجعل منه الشفع سندا يغنيه عن عقد بيع يصدر له من البائع ، فيسجله فتنتقل إليه ملكية العقار المشفوع فيه . وفي دعوى صحة التعاقد يسجل المشتري صحيفة الدعوى ^(٢) ، أما في دعوى الشفعة فلا يسجل الشفع صحيفة الدعوى ولكنه يسجل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، ويقوم تسجيل هذا الإعلان مقام تسجيل صحيفة الدعوى .

المبحث الثالث

آثار الأخذ بالشفعة

٢٢٤ - انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفع - عمدة الشفع

بالبائع والمشتري وبالفير : يترتب على ثبوت حق الشفع في الأخذ بالشفعة أن تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفع ، على التفصيل الذي سنسبطه

(١) انظر آتفا ص ٣٥٥ هامش ٣ .

(٢) انظر آتفا فقرة ١٤٥ .

فيما يلي . وانتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع إنما هو ذاته نتيجة ترتبت على حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع الذي تم ما بين البائع والمشتري ، فتنقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع دون المشتري بناء على هذا الحلول . وما دام الشفيع قد حل محل المشتري ، فيتعين أن نحدد ، بعد أن يتم هذا الحلول ، علاقة الشفيع بالبائع وعلاقته بالمشتري وعلاقته بالغير (١) .

فنبحث إذن المسألتين الآتيتين : (١) انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع . (٢) علاقة الشفيع بالبائع وبالمشتري وبالغير .

المطلب الأول

انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع

٢٢٥ - النفعة بالتراضي أو بالتفاضي سبب لحلول الشفيع محل المشتري

فانتقال الملكية إليه ووجه المشتري : قدمنا أن النفعة واقعة مركبة ، اقترن فيها الشبوع أو الجوار أو أى ارتباط آخر يقوم بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به وهذه واقعة مادية ، يبيع العقار المشفوع فيه وهذه واقعة مادية بالنسبة إلى الشفيع ، بإعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة ، وهذا تصرف قانوني (٢) . فهذه الواقعة المركبة تشتمل إذن على عناصر ثلاثة : الارتباط ما بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به ، وبيع العقار المشفوع فيه ، وإعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة . ومتى تكاملت هذه العناصر الثلاثة ، فقد قامت الشفعة سبباً قانونياً يحدث أثره . والأثر المباشر الذي يترتب على قيام

(١) أما علاقة البائع بالمشتري ، بعد أن يثبت حق الشفيع في الشفعة ويحل الشفيع محل المشتري في عقد البيع المشفوع فيه ، فتلخص في أن هذا البيع فيما بين البائع والمشتري يعتبر كأن لم يكن ، إذ يتحول من كونه بين البائع والمشتري إلى كونه بين البائع والشفيع . ويترتب على ذلك أن المشتري لا يرجع على البائع بضمان الاستحقاق بحجة أن الشفيع قد انتزع منه العقار المشفوع فيه ، ولا يكون البائع مسئولاً عن تمويض المشتري لهذا السبب ، إذ أن البيع الذي كان قد تم بينهما قد زال واعتبر كأن لم يكن كاسبق القول (استئناف مختلط ١٦ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٣٢ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨٢ - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٦٨ ص ٤٥٩) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١

الشفعة ، مستكملة لعناصرها الثلاثة ، هو حلول الشفيع محل المشتري في البيع الذى تم ما بين المشتري والبائع . فالمادة ٩٣٥ مدنى تنص كما رأينا على أن « الشفعة رخصة تجبز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية » . وتؤكد المادة ١/٩٤٥ مدنى ، كما سنرى ، أن الأثر المباشر للشفعة هو حلول الشفيع محل البائع بالنص على أن « محل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته » .

ولما كان استكمال الشفعة لعناصرها الثلاثة المتقدمة الذكر كثيرا ما يكون محل منازعة بين الشفيع من جهة والمشتري والبائع من جهة أخرى ، فقد أراد القانون أن يقف عند دلالة قاطعة لانحسام هذا النزاع ، إما عن طريق تسليم المشتري باستكمال الشفعة لعناصرها وهذه هي الشفعة بالراضى ، أو عن طريق حكم قضائى يحسم النزاع نهائيا وهذه هي الشفعة بالتقاضى . فالراضى أو التقاضى ليس من شأنه أن يقيم الشفعة سببا لإنتاج أثرها ، بل هو مجرد فاض للنزاع والتدليل بوجه قاطع على أن الشفعة قد قامت فعلا مستكملة لعناصرها الثلاثة . ولم يطلب القانون فى الراضى إلا تسليم المشتري بأن الشفعة قد استكملت عناصرها الثلاثة ، وأن الشفيع قد ثبت له حق الأخذ بالشفعة . أما فى التقاضى فقد رسم القانون لدعوى الشفعة إجراءات خاصة وحدد لها مواعيد معينة تقدم بيانها تفصيلا ، فإذا مارعاها الشفيع انتهى إلى حكم يقضى بثبوت حقه فى الشفعة ، أى بتقرير أن الشفعة قد استكملت عناصرها الثلاثة وأن الشفيع قد ثبت له حق الأخذ بالشفعة .

وسواء كان الدليل القاطع على أن الشفعة قد استكملت عناصرها الثلاثة هو الراضى أو التقاضى ، فإن الشفعة تنتج أثرها المباشر ، وهو حلول الشفيع محل المشتري ، منذ أن تستكمل عناصرها الثلاثة التى تنهى بابداء الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة . فتى أبدى الشفيع هذه الرغبة ، وأعلنها لكل من المشتري والبائع على الوجه الذى رسمه القانون والذى سبق أن بسطناه ، فقد حل الشفيع بحكم القانون محل المشتري فى البيع المشفوع فيه ، وتحولت الصفقة ، بعد أن كانت بين البائع والمشتري ، إلى أن تكون بين البائع والشفيع . ويكون ذلك بطبيعة الحال منذ أن وجدت الصفقة ، أى منذ تمام البيع بين البائع والمشتري .

فالقانون ، متى استكملت الشفعة عناصرها الثلاثة ، محل الشفع محله المشتري ، ويجعل الشفع هو المشتري منذ البداية ، ويخرج المشتري من الصفقة كأنها لم تنقذ له أصلاً . ويبقى البيع قائماً منذ أن انعقد ، ولكنه يكون بيعاً للمشتري فيه هو الشفع لا المشتري الأصلي . وينتج البيع آثاره فيما بين البائع والشفع ، فيكون للشفع حقوق المشتري وعليه التزاماته ، وذلك منذ أن انعقد البيع كما سبق القول ، لأن المشتري يخفى تماماً ويعتبر كأنه لم يتدخل بتاتا في الصفقة (١) . وتنعقد الصلة مباشرة بين البائع والشفع في نفس البيع الذي سبق أن تم ، فلا يكون المشتري وسيطاً بينهما بعد أن خرج من الصفقة . وعلى ذلك يكون الشفع هو الدائن مباشرة للبائع بحقوق المشتري ، وهو المدين مباشرة للبائع بالتزامات المشتري (٢) .

ومن حقوق المشتري أن تنتقل إليه ملكية العين المبيعة من البائع ، فتنقل إذن ملكية العقار المشفوع فيه مباشرة من البائع إلى الشفع . ولكن متى تنتقل؟ ومتى محل الشفع محل المشتري ؟

٢٢٦ - متى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفع ومتى محل

الشفع محل المشتري - أمضوف الآراء : هذا التحليل لطبيعة الشفعة الذي نقول به ، على بساطته وعلى تمثيه مع النصوص والحلول العملية المسلم بها في الشفعة ، ليس محلاً لاتفاق الآراء :

ولو سلم به ، لأمكن القول دون تردد إن الشفع ، وقد حل محل المشتري ، تنتقل إليه ملكية العقار المبيع في الوقت الذي كانت تنتقل فيه إلى المشتري لوبيق

(١) استئناف مخطط ٦ يونيو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٣١ - ٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٧٢ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٦٦ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٦٦ .

(٢) ويصبح الشفع هو الخلف المباشر للبائع (استئناف مخطط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٢ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٦٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٤٧ ص ٤٦٤) . فيكون في نفس مركز المشتري ونفس الشروط ، وعلى ذلك يلتزم بما تنهيه به المشتري في عقد شرائه بأن ينشئ في خلال سنة منزلاً سكنياً على الأرض المبيعة وأن يحافظ على الاستواء الحال وإلا فسخ البيع ، فثل هذا الشرط صحيح ولم يقصد به التحايل لمنع الشفع من استعماله (استئناف مخطط ١١ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٠٤ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٧٧ ص ٤٦٥) .

هذا في الصيغة حشراً ولم ينترعها منه الشفيع ، والمشتري لا يصبح مالكا للعقار المبيع إلا إذا سجل عقد البيع ، ويكون مالكا من وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير . أما فيما بينه وبين البائع : فن وقت التسجيل أيضا وفقا لما استقر عليه قضاء محكمة النقض ، ومن تمام البيع وفقا للرأى الذى نقول به . وعلى ذلك يجب على الشفيع ، حتى تتصل إليه ملكية العقار المشفوع فيه من البائع ، أن يسجل السند الذى حل بالنسبة إليه محل سند البيع بالنسبة إلى المشتري ، وهو التراضى على الشفعة إذا تمت بالتراضى (١) أو الحكم بثبوتها إذا أخذت بالتقاضى . فإذا

(١) هذا والتراضى الذى ينتج أثره في إتمام الشفعة هو ذلك الذى يتم بقبول المشتري بعد إبداء الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة . وقد قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأنه إذ نص المشرع في المادة ٩٤٠ من القانون المدنى الجديد على أن يعلن الشفيع رغبته في الشفعة إلى كل من البائع والمشتري في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشتري ، وإلا سقط حقه ، لم يقصد أن يجعل من هذا الإنذار عرضاً يتحدد بموجبه عقد بين المشتري والشفيع يلتزم به الأول بنقل ملكية العين إلى الثانى إذا رد عليه بالقبول . وإنما أراد المشرع أن يقضى على كافة ضروب المنازعات التى كانت تنور في شأن علم الشفيع بالبائع الثابت للشفعة ، وأن يتخذ من هذا التاريخ بدءاً لتحديد المدة المقررة لسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة في حالة عدم إبداء رغبته في خلال تلك المدة ، أو بدءاً لافتتاح إجراءات الشفعة في حالة إبداء رغبته في خلالها . أما التراضى الذى ينتج أثره في إتمام الشفعة ، فهو ذلك الذى يتم بقبول المشتري بعد إبداء الشفيع رغبته في الشفعة (نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٥ ص ٤٢٦) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٧٧ ص ٤٦٣ : ويشير إلى حكم استئناف مصر في ٢٠ يناير سنة ١٩٤٦ في القضية رقم ٧٤ سنة ٦٢ قضائية ، وفيها أعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري بعد فوات ميعاد خمسة عشر يوماً . ولكن المشتري وقع هو والشفيع على أصل الإعلان إقراراً بأن المشتري قبل التنازل عن الصعقة للشفيع لاستحقاقه لها . وبعد ذلك أنذر المشتري الشفيع بالعمول عن الإقرار وتمسكه بالصعقة . فرفع الشفيع دعوى على المشتري يطالبه فيها بالأرض المبيعة ، ورفض المشتري الدعوى بأن الشفيع لم يظهر رغبته في الأخذ بالشفعة إلا بعد انقضاء خمسة عشر يوماً من تاريخ العلم بالبائع . فقضت المحكمة الابتدائية بأحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات العلم . ولما استوفت هذا الحكم ، قضت محكمة الاستئناف بأن الإقرار الذى وقعه المشتري والشفيع باستحقاق الشفيع للشفعة هو تسليم للشفيع بحقه في الشفعة بالتراضى . وقد تعلق حق الشفيع به ، فلا يملك المشتري ولا ورثته الرجوع في هذا التسليم ، حتى لو ثبت أن الشفيع لم يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة إلا بعد فوات الميعاد . ولذلك يكون الحكم الابتدائى ، إذ قضى بالتحقيق لإثبات العلم ، في غير محله .

وإذا تم التراضى على الوجه المتقدم ، يثبت حق الشفيع بهذا التراضى ، ولا بد من تسجيله حتى تتصل الملكية إلى الشفيع . ولكن حلول الشفيع على المشتري يكون في هذه الحالة أيضاً ، -

سجل هذا السند انتقلت إليه الملكية ، كما كانت تنتقل إلى المشتري بتسجيل سند البيع . وتنتقل الملكية إلى الشفيع من وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير ، أما فيما بينه وبين البائع والمشتري فتنتقل أيضا من وقت التسجيل وفقا لقضاء محكمة النقض ، ومن وقت تمام البيع الذى حل فيه الشفيع مشتريا بحكم الشفعة وفقا للرأى الذى نقول به .

ولكن الآراء اختلفت في هذه المسألة . وهى لم تختلف في الواقع من الأمر في وقت انتقال الملكية إلى الشفيع ، فهذا الوقت تحدده أحكام التسجيل لأحكام الشفعة . ولا خلاف في أن ملكية العقار المشفوع فيه لا تنتقل إلى الشفيع إلا بتسجيل حكم الشفعة (أو سد التراضى) ، وتنتقل إليه من وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير . وإذا كان هناك خلاف في أن الملكية تنتقل إلى الشفيع فيما بينه وبين البائع والمشتري ، إذا سجل الشفيع سنده ، من وقت التسجيل أو من وقت البيع ، فهذا خلاف واقع لا في أحكام الشفعة بل في أحكام التسجيل . والخلاف الواقع في أحكام الشفعة ، وهو الخلاف الذى نقصده هنا ، هو في وقت حلول الشفيع محل المشتري ، لا في وقت انتقال الملكية إلى الشفيع . فهناك رأى يذهب إلى ما ذهبنا إليه ، ويقول إن الشفيع محل المشتري من وقت تمام البيع المشفوع فيه^(١) . وهناك رأى ثان يذهب إلى أن الشفيع محل

= في رأينا ، من وقت البيع لا من وقت التراضى ولا من وقت إيداء الرغبة . وإذا قام نزاع بشأن هذا التراضى ورفضت دعوى هذا النزاع ، فإن هذه الدعوى لا تكون دعوى شفعة تراعى فيها مواعيدها ، لأن الشفعة تمت بالتراضى لا بالتقاضى ، وإنما تكون دعوى نزاع عادية تخضع للأحكام العامة في الدعوى (استئناف مخطوط ١٣ يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٧٥) . وفي حالة التراضى على الشفعة ، يكون سبب كسب الشفيع الملكية العقار هو الشفعة لا بيع يتم بهذا التراضى ، ولذلك لا تجوز شفعة جديدة في هذا التراضى (شفيع شحاته فقرة ٢٧٨) . (١) استئناف وطنى ١١ مارس سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٦٠ ص ١٣٠ (وقد جاء في أسباب هذا الحكم : وحيث إن الشفعة تثبت بالطلب المستوفى للشرائط القانو ، متى ثبتت انقضاء البيع للمشتري وحل الشفيع محله ، وأصبح العقار المشفوع فيه ملكا له من يوم البيع ، ولذلك تسقط جميع الحقوق العينية التى يكون قد قررهما عليه المشتري . وحيث إن الحكم بها للشفيع ليس عبارة إلا عن تقرير صحة الطلب وإلزام المتخاصمين بالتأجيل القانونية المترتبة عليها ، فهو من الأحكام المبنية للحقوق لا المنشئة لها) . وقضى أيضاً في عهد التقنين المنفى السابق بأن القواعد القانونية تقضى بأن الأحكام عملنة ومقررة للحقوق وثبوتها =

عمل المشتري من وقت إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من المشتري والبائع (١) . وهناك رأى ثالث يذهب إلى أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت رفع دعوى الشفعة (٢) . ولكن الرأي الذي يستوقفنا طويلاً هو الرأي الرابع الذي استقر عليه قضاء محكمة النقض ويتابعها فيه جمهور الفقهاء (٣) ، وينتهي إلى أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت صدور الحكم له بشئ حق في الشفعة (أو من وقت التراضي) ، فإن هذا الحكم طبقاً لهذا الرأي يعتبر

لاموجدة لها ، بمعنى أن الحق الذي قضى للشخص به يعتبر أنه مكتسب له من يوم وجوده لا من يوم القضاء له به . وعلى هذه القاعدة يكون الشفيع الذي طلب أخذ المقار بالشفعة مالئاً لهذا المقار من يوم حصول البيع ، وهذا يوافق ما نص عليه في مذهب الإمامين مالك والشافعي من ثبوت ملك الشفيع بمجرد الطلب بعد معرفة الثمن والمبيع ولولم يسلم المشتري أو يستلم الثمن ، وعلى ذلك جاز للورثة تجديد المطالبة بالشفعة (استئناف وطى ١٥ مارس سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٦١) - وانظر على زكي المزابي فقرة ١١٣ - عبد السلام ذهني في الأموال فقرة ٥٢٥ .

(١) ويترتب على ذلك أنه إذا اشترى المشتري وأضحاً يده على المقار المشفوع فيه بعد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، فإنه يكون مسئولاً عن الثمن قبل الشفيع من يوم الإعلان إلى يوم التسليم ، بعد خصم المصروفات وأتماب الإدارة وقوائد ثمن المبيع من يوم الإعلان إلى يوم دفع الثمن (استئناف وطى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣٥ ص ٢٩٧ - استئناف مخطوط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٢) . وانظر أيضاً حسن كبيرة ص ٢٢ - ص ٢٣ (وينتهي إلى أن حق الشفيع يثبت بمجرد إعلان رغبته في طلب الأخذ بالشفعة ، ولكنه يشترط تسجيل هذا الإعلان حتى تنتقل الملكية إلى الشفيع وحتى يكون هذا مستحقاً للثمن) . وانظر أيضاً أنور سلطان في مجلة الحقوق ٢ ص ٦٩٩ - وانظر أيضاً في أن الملكية تنتقل إلى الشفيع من وقت تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة : استئناف مخطوط ٣١ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٥٠ - ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩١ - ١٨ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٥٧ .

(٢) محمد علي حرفة ٢ فقرة ٣١٣ (ويقول بأن حكم الشفعة يرتد بأثر رجسي إلى الوقت الذي يستكمل فيه الشفيع إجراءات الشفعة وفقاً لنصوص القانون ، إذ أنه عندئذ فقط يمكن القول بأنه كسب مركزاً قانونياً يستند إليه حقه في تملك المقار المشفوع) .

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٨٣ - شفيق شحاتة فقرة ٢٧٦ ص ٢٨٥ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٧٦ ص ٣٨٥ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٥٩ و فقرة ٤٧٠ ص ٤٨١ - إسماعيل غانم ص ٩٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٩ ص ٥٠١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٥٢ ص ٣٥٩ - ص ٣٦٠ .

منشأ لحق الشفع لا كاشفاً عنه ^(١) . وقد كنا أشرنا إلى هذا الرأي فيما قدمنا
في تفسير عبارة أن حكم الشفعة « يعتبر سنداً للملكية الشفع » (م ٩٤٤ مدني) ^(٢) ،
والآن نتولى بسط الرأي بالتفصيل ، وننظر فيه بعد ذلك نظرة تقديرية .

٢٢٧- رأى محكمة النقض - محل الشفع محل المشتري من وقت صدور

الحكم لا يثبت حقه في الشفعة لأنه هذا الحكم منشئ لحق الشفع ولا يفسد

عنه : وقد استقر قضاء محكمة النقض ، كما قدمنا ، على أن الشفع محل محل
المشتري من وقت صدور الحكم له يثبت حقه في الشفعة ، وبأن حكم الشفعة
منشئ لحق الشفع لا كاشف عنه ، فلا يصير العقار المشفوع فيه إلى ملك
الشفيع إلا بعد هذا الحكم . وقد أصدرت في عهد قانون الشفعة السابق حكماً
أساسياً في هذه المسألة سبقت الإشارة إليه ^(٣) ، وقضت فيه بأنه إذا كان حق
الشفيع في طلب الأخذ بالشفعة إنما ينشأ بالبيع مع قيام المسوغ ، فإن العين
المشفوعة لا تصير إلى ملك الشفع في غير حالة التراضي إلا بالحكم النهائي للقاضي
بالشفعة . ولا سند في القانون لدعوى الشفع بربع العين عن المدة السابقة للحكم ،
ولو كان قد عرض الثمن على المشتري عرضاً حقيقياً وأودعه خزنة المحكمة إثر

(١) استئناف مخطط ١٧ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٢٤ - ٢١ مايو سنة ١٩٠١ م
١٣ ص ٣٠٠ - وكانت محكمة الاستئناف الوطنية بدوائرها المجتمعة قد قضت ، قبل محكمة
النقض ، بأن حكم الشفعة ناقل للملك لا مقرر له ، وبأن العقار المشفوع فيه يبق ملكاً للمشتري
إلى أن يصدر الحكم بالشفعة . وقد جاء في أسباب حكمها ما يأتي : « وحيث إن الشفعة أخذت
أصلاً عن أحكام الشريعة الفراء ، وقال الفقهاء فيها إنها تمليك بالتراضي أو بقضاء القاضي
دفماً لاحتمال الضرر ، أي أن الشفع لا يمد مالكا للعقار إلا بناء على تراضيه مع المشتري على أن
يتنازل له عما اشتراه لئلا يملكه من حق الشفعة أو بحكم القاضي ، وحيث يتعين عليه دفع الثمن والمصاريف
التي يكون المشتري قد صرفها في سبيل هذا الشراء . وحيث إنه بناء على هذا المبدأ يكون حكم
الشفعة نافلاً للملك وليس مقررأ له ، والمشفوع منه حق الانتفاع بما اشتراه واستغلاله لنفسه
حتى يدفع له الشفع الثمن والمصاريف بناء على التراضي أو حكم القاضي . وحيث إنه متى سلم
بأن العين تعتبر ملكاً للمشتري إلى حكم القاضي ، فليس من المسم به إلزام الشفع بإبداء المبلغ
بالخزانة وتعطيله زمناً بغير استغلال وبغير مسئولية على المشتري الذي له حق الانتفاع بشرة العين
مادام النزاع قائماً قصر أوطال » (محكمة الاستئناف الوطنية الدوائر المجتمعة ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣
المحكمة ٣ رقم ٢٠٠ ص ٢٦٦) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٢٣ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٢٣ .

رفضه . ذلك بأن الشارع ، إذ نص في المادة ١٨ من قانون الشفعة على أن حكم الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيع ، إنما أراد بالسند السبب القانوني المنشئ لحق الملكية ، لا دليل الملكية أو حجيتهما . ومقتضى هذا النظر أو لازمه أن المشفوع لا يصير إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم ، أما قبله فلا ، لأن المسبب لا يوجد قبل سببه ، ولأن ما جعله الشارع من الأحكام منشئا للحقوق لا ينسحب على الماضي . ولا يفيد أن الحكم الشفعة أثرا رجعيا ما جاء في المادة العاشرة من قانون الشفعة مقيد بحق المشتري في البناء والغراس في العين المشفوعة ، ولا ما جاء في المادة الثانية عشرة قاضيا بأنه لا يسرى على الشفيع كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع وكل حق عيني قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده بعد تسجيل طلب الشفعة ، فإن الشارع المصرى إنما أخذ أحكام هاتين المادتين جملة من فقه الحنفية ، وهى مخرجة فيه لا على فكرة الأثر الرجعى بل على فكرة العدل والبعد عن الجور والتوفيق بقدر المستطاع بين ما تعارض من مصلحتى المشتري والشفيع . وكذلك لا يتعارض القول بتملك الشفيع من وقت الحكم بالشفعة مع ما نص عليه في المادة الثالثة عشرة من حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع ، ولا مع ما نص عليه فيها من أن الشفيع ليس له في حالة الاستحقاق أن يرجع إلا على البائع ، فإن هذا لا يعين أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت طلب الشفعة (١) . وصدر بعد ذلك حكم آخر ، في ظل قانون الشفعة السابق ، يؤكد معنى الحكم الأول ، ويقضى بأن المادة ١٨ من قانون الشفعة القديم نصت على أن الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيع ، ومن مقتضى هذا النص أن العين المشفوع فيها لا تصير إلى ملك الشفيع إلا بالحكم النهائى القاضى بالشفعة ، إذ هو سند تملكه . وينبنى على ذلك أن يكون ريع هذه العين من حق المشتري وحده عن المدة السابقة على تاريخ هذا الحكم ، ولا يكون للشفيع حق فيه إلا ابتداء من هذا التاريخ فقط ، حتى لو كان قد عرض الثمن على المشتري عرضا حقيقيا أو أودعه على ذمته خزائنة المحكمة إثر رفضه . وبذلك لا يكون هناك محل للتفريق بين حالة ما إذا كانت الشفعة قد قضى بها الحكم الاستثنائى بعد أن

(١) نقض مدنى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٠ .

كان قد رفضها الحكم الابتدائي وحالة ما إذا كان قد قضى بها الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم الاستثنائي ، إذ العرة في الحالتين بالحكم النهائي سواء أكان ملغياً أم مؤيداً للحكم الابتدائي (١) .

ولم تعدل محكمة النقض عن هذا المبدأ الذي قررته من أن حكم الشفعة منشيء لا كاشف ، حتى بعد أن صدر التقنين المدني الجديد وأوجب على الشفيع إبداء الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة . فقضت ، في عهد التقنين المدني الجديد ، بأن قضاء محكمة النقض قد استقر في ظل أحكام دكريتو ٢٣ من مارس سنة ١٩٠١ بقانون الشفعة ، على أن ملكية الشفيع للعين المشفوع فيها لا تنشأ إلا برضاء المشتري بالشفعة أو بالحكم الصادر بها ، وأن هذه الملكية لا يرتد أثرها إلى تاريخ البيع الحاصل للمشتري ولا إلى تاريخ المطالبة بالشفعة . ولم يعدل القانون المدني الجديد شيئاً من أحكام ذلك الدكريتو في هذا الخصوص . فجاء نص المادة ٩٤٤ مطابقاً لنص المادة ١٨ من الدكريتو من أن الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع ، وانتهى المشرع إلى ترك الأمر في تحديد ملكية الشفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل إصدار القانون المدني الجديد . وعلى ذلك لا تنتقل الملكية للشفيع ، في ظل القانون المدني الحالي ، إلا من

(١) نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٧ ص ٣٥١ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٤ ص ٢٩٠ - ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٣ ص ٥١٦ : وقد طاق هذان الحكمان أيضاً قانون الشفعة السابق .

فإذا صدر حكم نهائي يقضى بالشفعة ، ثم نقض هذا الحكم ، اعتبر كأن لم يكن ، وسقطت جميع الآثار التي ترتبت عليه ، ومنها نقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن نقض الحكم القاضي بالشفعة يترتب عليه اعتباره كأن لم يكن ، وإعادة القضية والخصوم إلى ما كانت وكانوا عليه قبل صدور الحكم المنقوض ، ويقضى ذلك سقوط جميع الآثار التي ترتبت عليه ، وبطلان كل ما اتخذ من أعمال وإجراءات تنفيذاً له ، وبالتالي يتعين رد ما قبض أو حصل تسلمه من مال أو عقار نتيجة له . وليس يجب رد الأصل فحسب ، بل يجب أيضاً رد فوائد التقود وثمار العقار . وتجب هذه الثمار من يوم إعلان تقرير الطعن بالنقض إلى حائز العقار ، لأن هذا الإعلان لتضمنه معنى التكليف بالحضور لسامع الحكم بنقض الحكم المطعون فيه - سند حيازة الحائز - ولاحتوائه على بيان عيوب هذا السند ، يكون له مثلاً ما رتبته القانون في المادة ٢/٩٦٦ مدني على إعلان صحيفة الدعوى من أثر في زوال حسن نية الحائز (نقض مدني ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٣ ص ٥١٦) .

تاريخ الحكم بالشفعة (١). وأكدت المحكمة ، في حكم نال للحكم المتقدم ، المبدأ الذى أخذت به حتى بعد صدور التقنين المدنى الجديد ، إذ قضت بأن المشرع ، عندما نظم أحكام الشفعة في التقنين المدنى الجديد، انتهى إلى ترك الأمر في تحديد تاريخ بدء ملكية الشفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل صدور هذا التشريع . فجاء نص المادة ٩٤٤ منه مطابقاً في هذا الصدد لنص المادة ١٨ من قانون الشفعة القديم التى كانت تنص على أن « الحكم الذى يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع ، ومؤدى هذا ألا يصير المشفوع إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم . أما ما أورده القانون في المادة ٢/٩٤٢ من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ،

(١) نقض مدنى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ بمجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٨ ص ٧٩٨ - سقودجاء في أسباب هذا الحكم في خصوص الأعمال التحضيرية لتقنين المدنى الجديد وفي خصوص وجوب إيداع الثمن : « ولا يجدى الطاعن ما ذكره من أن الأعمال التحضيرية لقانون المدنى تشير إلى اتجاه المشرع إلى تقرير حق الشفيع في الملكية من تاريخ عقد البيع أو تاريخ تسجيل طلب الشفعة ، لأنه يتبين من المناقشات في لجنة بحث مشروع القانون حول المادة ٩٤٥ أن البحث اتجه إلى أفضلية النص على الوقت الذى يعتبر فيه الشفيع مالِكاً ، واستعرضت الآراء المختلفة لفقه والقضاء في هذا الخصوص بين مؤيد لما جرى عليه قضاء هذه المحكمة وبين معارض له . كما تناول البحث ملكية ثمرات العقار في الفترة بين البيع والحكم بالشفعة ، ولكن الأمر انتهى إلى بقاء نص المادة ٩٤٥ والمادتين ٩٤٤ و ٩٤٧ على ما كانت عليه في مشروع القانون . أما العبارة التى وردت بالمذكرة الإيضاحية لقانون تمليقاً على المادة ٩٤٧ من أن الرأى أن الشفيع يحل محل المشتري في الصفقة ويملك من وقت البيع الأول ويعتبر المشتري كأن لم يملك أصلاً ، فهي عبارة لا تخرج عن أن تكون رأياً شخصياً لواضع المذكرة ، لتناقضها مع نص المادة ٩٤٤ التى قررت أن الحكم بالشفعة هو سند ملكية الشفيع . ويخلص من ذلك أن المشرع انتهى إلى ترك الأمر في تحديد ملكية الشفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل إصدار القانون المدنى الجديد . ولا جدوى في هذا الصدد من التحدث عن قاعدة رجعية منشئة كانت أو مقررة ، مادام أن المشرع قد عدل عن إعمال هذه القاعدة في خصوص الحكم الصادر بالشفعة بما مضى عليه في المادة ٩٤٤ . كما أن ما أورده القانون في المادة ٢/٩٤٢ من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لا يمتنع عن رغبة المشرع في العول إلى رأى القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة ، بدليل أن المادة ٩٤٤ التى جاءت تالية للمادة ٩٤٢ قد أفضحت عن رأى المشرع في اعتبار حكم الشفعة هو المنشئ لملكية الشفيع » (نقض مدنى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ بمجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٨ ص ٨٠٤ - ص ٨٠٥) .

فلم يقصد به تغيير الوضع ، وهو لا يمتنع عن رغبة المشرع في العدول إلى رأي القائلين بارتداد ملكية الشفع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة . وإنما كان ذلك تمشيا مع اتجاهه في التصديق من حق الشفعة ، وضمانا لجدية طلبها . وطالما أن حق الشفع في العين المشفوعة فيها لا يستقر إلا بصدور الحكم له في الشفعة ، فلا محل للقول باستحقاقه للريع ابتداء من تاريخ إيداع الثمن . أما النص في المادة ٩٤٥ من القانون المدني الجديد على حلول الشفع محل المشتري في حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع ، فهو نص لم يستحدث حكما جديدا ، بل هو مماثل لنص المادة ١٣ من قانون الشفعة القديم . وهو لا يفيد اعتبار الشفع الذي حكم له بطله حالا محل المشتري في الريع منذ قيام الطلب . إذ اعتباره كذلك ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، لا يجوز إلا على تقدير أثر رجعي لحلوله محل المشتري ، الأمر الذي يتنافى مع ما هو مقرر من أن حكم الشفعة منشئ لا مقرر لحق الشفع ، مما يمتنع معه القول بحلوله محل المشتري قبل الحكم نهائيا بالشفعة (١) .

٢٢٨- المجمع التي استندت إليها محكمة النقض في القول بأنه الحكم

بالشفعة منشئ لحق الشفع : وقبل أن ننظر نظرة تقديرية في قضاء محكمة النقض الذي استقر على أن الحكم بالشفعة منشئ لحق الشفع ، نستعرض الحجج التي استندت إليها المحكمة للقول بذلك .

والحجة الرئيسية التي استندت إليها المحكمة ، والتي رددتها في كثير من المواطن ، هي تفسيرها للمادة ١٨ من قانون الشفعة السابق (المطابقة للمادة ٩٤٤ من التقنين المدني الجديد) ، وهي تنص على أن « الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفع » . فالمشرع لم يرد بهذا النص ، على ما تقول محكمة النقض ، « أن يعتبر الحكم المذكور حجة أو دليلاً على الملكية التي قضى بها ، وإلا لكان هذا النص عبثاً مع وجود المادة ٢٣٢ التي نصت على حجية الأحكام . بل الذي أراده الشارع هو اعتبار حكم الشفعة صيماً قانونياً (*cause juridique*) ، لملكية الشفع ، كما أراد بنص المادة

(١) نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٥ ص ٤٢٦ .

٥٨٧ من قانون المرافعات اعتبار حكم البيع سبباً قانونياً للملكية من رعا عليه المراد ، وكما أراد بنص المادة ٦٠٨ من القانون المدني اعتبار مجرد وضع اليد سبباً صحيحاً للملكية واضع اليد على المنقول . وكلمة سند Titre التي وردت في هذه النصوص كلها إنما جاءت على معنى السبب القانوني المنشئ للحق للملكية ، ولم تجيء على معنى دليل الملكية أو حجيتها . ومتى كان حكم الشفعة في نظر القانون هو سبب ملكية الشفعين ومنشأها ، فإن مقتضى هذا النظر ولازمه ألا يصير المشفوع إلى ملك الشفعين إلا بعد هذا الحكم ، أما قبله فلا ، لأن السبب لا يوجد قبل سببه ، ولأن ما جعله الشارع من الأحكام منشأً للحقوق لا ينسحب على الماضي (١) .

ثم ترد المحكمة بعد ذلك على جملة من الاعتراضات وجهت إلى ما ذهب إليه من رأى ، ونلخص هذه الاعتراضات والردود عليها فيما يلي :

أولاً - ما جاء في المادة ١٠ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٦ مدني جديد) من تقييد حق المشتري في أن يبنى وأن يفرس في العين المشفوعة ، وما جاء في المادة ١٢ من نفس القانون (م ٩٤٧ مدني جديد) من عدم مريان تصرفات المشتري في العين المشفوعة في حق الشفعين إذا صدرت بعد تسجيل طلب الشفعة . فلو كان المشتري قد بقي ما لكا حتى صدور الحكم بالشفعة ، كما هو مقتضى ما نذهب إليه محكمة النقض ، لما وردت هذه القيود على حق ملكيته قبل صدور الحكم بالشفعة ما دام هذا الحق يبق قائماً إلى وقت صدور الحكم . وتذكر محكمة النقض أن تكون هذه القيود نتيجة ترتبت على زوال ملكية المشتري بأثر رجعي إذا صدر الحكم بالشفعة ، فإن المشرع لم يرد أن يجعل حكم الشفعة ذا أثر رجعي ، لأن هذا الأثر لا يستقيم إلا على تقدير أن مجرد طلب الشفعة يجعل

(١) نقض مدني ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٥ - ونقول محكمة النقض أيضاً في هذا الصدد : « وعلى هذا يكون الحكم المطعون فيه قد أصاب الرأى إذ قال - تأسيساً على المادة ١٨ من قانون الشفعة - إن هناك فرقاً بين حق طلب الشفعة وحق التملك بها ، وإنه إذا كان الحق الأول يوجد بالبيع مع قيام المسوغ ، فإن الحق الثاني لا يوجد إلا بقبول المشتري أو القاضي نيابة عنه . ومن أجل هذا كان حكم الشفعة مقررراً لحق الشفعين في طلب الأخذ ، منشئاً لأثر هذا الطلب في حلول الشفعين محل المشتري على ما نصت عليه المادة ١٣ من قانون الشفعة » (نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٩) .

المشتري مالكا تحت شرط فاسخ هو الحكم بالشفعة ، ويجعل في الوقت نفسه الشفع ما لكا تحت شرط توفيقى هو الحكم له بطله ، بحيث إذا صدر هذا الحكم وتحقق الشرط الفاسخ للملك المشتري والموقف للملك الشفع ، زالت ملكية المشتري واعتبرت كأن لم تكن ، واعتبر الشفع ما لكا منذ إعلان طلبه . وهذا تقدير غير مقبول ، لأن حق الشفع الذى سيتولد عند البيع هو حق متعلق بمقار *jus ad rem* لا حق ملكية ، وهو لا يتحول صاحبه إلا مدعاة المشتري بدعوى شخصية . ثم إن الأصل فى التصرفات التنجيز ، والتعلق يثبت بعارض الشرط . والتعلق بالشرط لا يكون إلا فى الائتمات الاتفاقية . وإذن فلا يمكن أن يثبت للمشتري - الذى اشترى بعقد غير مضاف ولا معلق على شرط ولا مقترن به - ثم سجل عقده - إلا حق ملكية تامة ناجزة تبقى له إلى أن تزول عنه بسبب من الأسباب التى تؤدى إلى هذا الزوال . أما أن تتحول هذه الملكية التامة الناجزة إلى ملكية معلقة لجرد أن البيع الذى كان علة لها قد ولد حقاً لمن قام به سبب من أسباب الشفعة ، فذلك لا يتأتى قانوناً (١) . ثم تبين المحكمة المصدر الذى اشتقت منه هذه الأحكام فتقول إن « الواقع أن الشارع أخذ أحكام هاتين المادتين (١٠ و ١٢ من قانون الشفعة السابق) جملة من فقه الحنفية » (٢) .

(١) نفس الحكم مجموعة عمره رقم ١٠٣ ص ٢٢٥ - ص ٢٢٦ .

(٢) وتبين المحكمة ذلك فيما يأتى : « فقد كان رأى عند أبى يوسف أن الشفع ليس له حق تكليف المشتري بهدم البناء وقلع الشجر ، لكن إذا أصر على الأخذ بالشفعة أخذ المقار بشئ مضافاً إليه قيمة البناء أو الشجر باقيين على الأرض . ووجه هذا رأى أن المشتري لم يكن فى بنائه ولا فى غرسه متدياً ، لأنه إنما غرس وبنى فى ملكه . فإذا أراد الشفع أخذ ملكه جبراً عنه ، وجب ألا يترتب على ذلك ضرر . وليس فى أخذه على هذا الوجه ضرر بأحدهما ، لأن الشفع يأخذ ما زاد فى الأرض بقيمته والمشتري قد عوض عنه بهذه القيمة ، وإذا كان فى إلزام الشفع بأخذ شئ قد لا يرغب فيه بعض ضرر ، فهو أدنى من ضرر المشتري حين يؤخذ منه البناء والشجر بقيمتها مقلوعين ، وعند تعارض الضرر يحتمل الأكل . وكان رأى عند أبى حنيفة أن الشفع بالخيار إن شاء أخذ الأرض بالثمن والبناء والغرس بقيمتهم مقلوعاً ، وإن شاء أجبر المشتري على القلع . ووجه هذا رأى أن المشتري كان عليه أن يترتب إلى أن يفصل فى أمر الشفعة ، وإذا لم يفعل وبنى وغرس فى عين تعلق بها حق غيره ، لزمه أن يتحمل ما يترتب على فعله هذا من ضرر . وقد وقف الشارع المصرى بين هذين الرأيين . فأخذ بالثمن فى الحال التى يكون فيها البناء أو الغراس بلد الطلب ، لأن المشتري يكون قد أقدم على البناء أو الغراس وهو يعلم أن العين قد تؤخذ منه ، فان كلف القلع أو الهدم وحدث له ضرر فهو الجانى على »

ثانياً - ما نصت عليه المادة ١٣ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٥ مدني جديد) من حلول الشفع محله المشتري في حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع . فيستخلص من هذا الحل أن المشتري يحتج من الصفقة ويحل محله الشفع ، وكان الشفع لا المشتري هو الذي تعاقد مع البائع منذ إبرام البيع ، فبشأن حق الشفع من هذا الوقت لا من وقت صدور الحكم بالشفعة . وترد محكمة النقض على ذلك بأن حلول الشفع محله المشتري في وقت سابق على صدور الحكم بالشفعة لا يجوز إلا على تقدير أثر رجعي لحلوله محله المشتري ، وهو تقدير يتناقض مع ما تقرر من قبل من أن حكم الشفعة منشئ لا مقرر لحق الشفع ، لأن لازم كونه منشئاً ألا تتصل العين المشفوعة بمالك الشفع إلا بعد الحكم . ولما كانت ملكية الشفع لهذه العين هي جوهر الحق الذي يحل فيه المشتري ، وكان إسناد هذه الملكية للشفع قبل الحكم له بالشفعة ممتنعاً ، فإن حلوله فيها

= نفسه . وأخذ بالرأي الأول إذا كان البناء أو الفراس قبل الطلب ، لأنه عسى أن يكون المشتري غير متوقع الطلب بالشفعة ، ثم هو يتصرف في ملكه . كذلك استند من هذا الفقه نفسه مآشر من أحكام التصرفات القانونية في هذه العين . إذ المقرر في الفقه الحنفى أنه إذا تم عقد البيع بين البائع والمشتري ، ثبت ملك المشتري في المبيع ، ولا ترفض مطالبة الشفع أن يأخذه بالشفعة ، وإنما يثبت للشفع بهذه المطالبة حق متعلق بالمبيع ، وهذا الحق هو استحقاقه لأخذه جبراً عن المشتري إذا رغب في ذلك وأنفذ تلك الرغبة . وهذا الحق لا يحول بين المشتري وبين التصرف في ملكه . لا فرق في ذلك بين أن يصدر ذلك منه قبل المطالبة بالشفعة وأن يصدر بعدها ، فتعتبر تصرفاته نافذة من وقت تمامها . لكنها مع ذلك تكون عرضة للنقض والإبطال إذا قضى للشفع ، إذ يكون له في هذه الحال أن يعضى هذه التصرفات . وأن يفسخها ، بناء على أن المشتري قد تصرف فيما تعلق به حق غيره ، فلا ينفذ تصرفه متعاً للإضرار بالشفع . وهذا الذي قرره علماء الحنفية قد أجرى الشارع المصري حكمه في المادة الثانية عشرة من قانون الشفعة على ما صدر من المشتري من تصرفات في العين المشفوعة بعد تسجيل طلب أخذها بالشفعة ، لأن الشارع ، وقد أوجب تسجيل هذا الطلب ، كان خليفاً بأن يجعل هذا التسجيل شرطاً لحق الشفع في نقض تصرفات المشتري . ومن هذا يبين أن الفقه فالحنفى هو مصدر قانون الشفعة فيما شرعه من أحكام المادتين العاشرة والثانية عشرة . ولما كان هذا الفقه لا يعرف الأثر الرجعي ولا الاستناد ، أي ثبوت الحكم في الحال مستنداً إلى ما قبله ، إلا في تصرفات القسول إذا أجيست وغيرها بما لا يدخل في باب التعليقات ، وكانت هذه الأحكام بناء على ذلك مخرجه فيه لا على فكرة الأثر الرجعي بل على فكرة العدل والهد عن الجور والتوفيق بالفدر المستطاع بين ما تعارض من مصلحة المشتري والشفع ، فإن القول بأن الشارع المصري - الذي أخذ هذه الأحكام معلولة بملاها الفقيه قد دل بما شرعه منها على جعل حكم الشفعة ذا أثر =

قبل الحكم بالشفعة يكون ممتنعاً أيضاً^(١). ويعنى ذلك أن حلول الشفيع محل المشتري إنما يكون لامنذ إبرام البيع ولا منذ طلب الشفعة، بل منذ صدور الحكم بالشفعة، إذ أن هذا الحكم هو الذى ينشئ حق الشفيع وهو سند ملكيته أى مصدرها.

ثالثاً - ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة ١٣ من قانون الشفعة السابق (الفقرة الأخيرة من المادة ٩٤٥ مدنى جديد) من أنه « إذا ظهر من الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع مستحق للغير، فليس للشفيع أن يرجع لإعلى البائع ». فرجوع الشفيع مباشرة على البائع بضمان الاستحقاق يفيد أن الصلة انعقدت بينهما منذ إبرام البيع، وحل الشفيع محل المشتري فى هذا الوقت. ولو كانت الصلة لم تتعقد بين البائع والشفيع منذ إبرام البيع ولم يحل الشفيع محل المشتري إلا من وقت صدور الحكم بالشفعة كما تقول محكمة النقض، لبقى المشتري فى الصفقة يتوسط بين البائع والشفيع من وقت إبرام البيع إلى وقت صدور الحكم بالشفعة، ولتلقى الشفيع الملكية عند صدور هذا الحكم من المشتري لا من البائع، ولكان رجوعه المباشر بضمان الاستحقاق على المشتري لا على البائع. وترد محكمة النقض على ذلك بأن « الشفيع، إذ يرجع بالضمان فى حالة الاستحقاق، إنما يستعمل حقاً من حقوق المشتري الذى حل محله، ولا يتأتى مع هذا الوضع أن يرجع على المشتري نفسه، بل الذى يتأتى أن يرجع على البائع الذى ادعى ملك ما باع ثم نقضت دعواه بالاستحقاق. وعلى ذلك فلا تعارض بين نفي الأثر الرجعى لحكم الشفعة واعتبار المشتري مالكا إلى يوم هذا الحكم، وبين إيجاب الضمان فى حالة الاستحقاق على البائع دون المشتري^(٢)»

حرجى، يكون قولاً ظاهر الفساد» (نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٦ - ص ٢٢٨). ثم تقول المحكمة أيضاً فى هذا الصدد: «كذلك لا تعارض بين عدم اعتبار المشتري مالكا إلا يوم الحكم بالشفعة وبين ما جاء من أحكام فى الفقه الإسلامى خاصاً ببناء المشتري أو غرسه فى العين المشفوع، لأن هذه الأحكام ليس مبناهما عند الحنفية اعتبار المشتري غاصباً، كما زعم الطاعن فى الوجه الأخير من وجوه الطعن، بل مبناهما اعتبار المشتري خاطئاً ببنائه أو غرسه فى ملكه الذى تعلق به حق الشفيع» (نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٩ - ص ٢٣٠).

(١) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٨.

(٢) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٩.

رابعا - ما هو مقرر في شأن حق الاسترداد وهو مماثل لحق الشفعة ، فالمسترد لحصة شائعة يحل محل المشتري لهذه الحصة منذ إبرام البيع الذي حصل بسببه الاسترداد ، وكذلك الشفيع ينبغي أن يحل محل المشتري منذ إبرام البيع المشفوع فيه ، لا منذ الحكم بالشفعة كما تقول محكمة النقض . وترد المحكمة على ذلك بأنه إذا كان العمل قد جرى في فرنسا في خصوص حق الاسترداد الوراثي بأن يحل المسترد محل المشتري منذ إبرام البيع لا منذ صدور حكم الاسترداد ، « فذلك لأن الشارع هناك لم يجعل حكم الاسترداد منشئا لحق المسترد ، كما جعل الشارع هنا حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع » (١) .

خامسا - ما هو مقرر كبدا عام من أن الأحكام كاشفة عن الحقوق لا منشئة لها ، فكل ذلك حكم الشفعة يكشف عن حق الشفيع لا ينشئه . وترد المحكمة على ذلك بقولها « أما قول الطاعن بأن اعتبار المشتري مالكا إلى يوم الحكم بالشفعة فيه اقتيات على القاعدة التي تقضى بأن الأحكام مقررة لا منشئة للحقوق ، فرده أن الشارع نفسه هو الذي جعل حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع كما جعل حكم البيع منشئا لحق الراعي عليه المزداد ، فكان التزول على حكم الشارع واجبا لا معدى عنه » (٢) .

سادسا - ما استظهر من أحكام الفقه الإسلامي وأحكام الفقه الحنفي نفسه من أنها ليست متفقه على أن القضاء بالشفعة للشفيع هو الذي ينشئ حقه في الشفعة ، وأن الفقه الإسلامي على كل حال لا يقيد القضاء المدني ، فلا محل للاستناد إلى هذا الفقه في القول بأن حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع كما تقول محكمة النقض . وترد المحكمة على ذلك بأن الحكم المطعون فيه والذي رفضت محكمة النقض الطعن في شأنه « لم يقم قضاءه على رأى الحنفية فيصح التمس عليه بأن هذا الرأى ليس مجمعا عليه عندهم وأنه على فرض الإجماع عليه لا يقيد القضاء المدني ، بل أقام قضاءه على ما استمده استمداد صحيحا من نصوص المادتين ١٨ و ١٣ من قانون الشفعة » (٣) .

(١) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٨ .

(٢) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٣٠ .

(٣) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٩ .

سابقا - ما احتج به من أن الشفيع يودع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة ، فتأخير تملكه العقار المشفوع فيه إلى وقت صدور الحكم بالشفعة على ما تذهب إليه محكمة النقض يحرمه من ريع العقار من وقت إيداع الثمن إلى وقت صدور الحكم لأنه لا يكون ما لك للعقار في هذه الفترة ، فيجتمع عليه الحرمان من الربيع والحرمان من استغلال الثمن الذي أودعه خزانة المحكمة . وترد محكمة النقض على ذلك في عهد قانون الشفعة السابق ، وكان هذا القانون لا يلزم الشفيع بإيداع الثمن ، بأن الشفيع لا حق له في الربيع إلا من وقت صدور حكم الشفعة الذي ينشئ حقه ، ولا يغير من هذا النظر أن يكون الشفيع قد عرض الثمن على المشتري عرضا حقيقيا وأن يكون قد أودعه خزانة المحكمة إثر رفضه ، لأنه ما كان ليصبح مدينا بالثمن للمشتري بمجرد طلب الشفعة ولا كان ملزما قانونا بعرضه ولا بإيداعه ، فإذا كان قد ألزم نفسه بما لم يلزمه به القانون فهو وشأنه . على أنه ليس له أن يتوصل بفعله إلى حرمان المشتري من حقه (١) . ثم لما صدر التقنين المدني الجديد يلزم الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكمة خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى ، لم تغير محكمة النقض موقفها ، وإنما عدلت الرد على الاعتراض المتقدم الذكر في حكمين طبقت فيها أحكام التقنين المدني الجديد . فقالت في الحكم الأول : « كما أن ما أورده القانون في المادة ٢/٩٤٢ من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لا يتم عن رغبة المشرع في العدول إلى رأى القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة ، بدليل أن المادة ٩٤٤ التي جاءت تالية للمادة ٩٤٢ قد أفصحت عن رأى المشرع في اعتبار حكم الشفعة هو المنشئ لملكية الشفيع » (٢) . وقالت في الحكم الثاني : « أما ما أورده القانون في المادة ٢/٩٤٢ من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، فلم يقصد به تغيير الوضع . وهو لا يتم عن رغبة المشرع في العدول إلى رأى

(١) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٣٠ .

(٢) نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٨ ص ٨٠٤ -

القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة ، وإنما كان ذلك تمهيداً مع اتجاهه في التضييق من حق الشفعة وضماناً للحدية طلبها . وطالما أن حق الشفيع في العين المشفوع فيها لا يستقر إلا بصدر الحكم له في الشفعة ، فلا محل للقول باستحقاقه الربيع ابتداء من تاريخ إيداعه الثمن ^(١) .

٢٢٩ - نظرة تغديرية للمعجج التي استندت إليها محكمة النقض : لاشك في أن الحكم الصادر من محكمة النقض في ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ ، والذي استخدمنا الأسباب الواردة فيه لبيان الحجج التي استندت إليها محكمة النقض في تقرير أن حكم الشفعة منسحق لحق الشفيع ^(٢) ، هو الحكم الأساسي الذي صدر من المحكمة في هذه المسألة الهامة . والأحكام التي تلت هذا الحكم إنما تردد الحجج التي وردت فيه أو تلخصها . وحتى الأحكام التي صدرت بعد صدور التقنين المدني الجديد مطبقة لأحكام هذا التقنين في الشفعة ، هي أيضاً ، كما رأينا ^(٣) ، لم تعدل عن المبدأ الذي قرره هذا الحكم ، بل والتزمت حججه وصارت هي الأخرى ترددها . ولم ترد عليها إلا الرد على ما استحدثته التقنين المدني الجديد من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة ، وإلا استعراض مناقشات اللجنة التي قامت بوضع مشروع نصوص الشفعة في شأن تحديد الوقت الذي يعتبر فيه الشفيع مالكا وما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الخصوص ^(٤) .

وهذا الحكم الأساسي الذي أصدرته محكمة النقض لاشك في أنه حكم قوى الأسلوب ، ولكنه يخفى تحت قوة الأسلوب ما يصح أن يكون محلاً للنظر من ناحية المنطق القانوني .

فالحجة الرئيسية التي استندت إليها هذا الحكم هي ، كما قدمنا ^(٥) ، تفسيرها للعبارة التي وردت في المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق من أن حكم الشفعة

(١) نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٥ ص ٤٣٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٨ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٧ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٧١٠ هامش ١ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٨ .

« يعتبر سند الملكية الشفع » . وإلى هذه الحجة ترد أكثر الحجج الأخرى ،
 فنبداً بالنظر فيها . ونحن نسلم مع محكمة النقض أن التقنين المدنى الجديد لم يستحدث
 جديداً فى المسألة التى نحن بصددھا ، فلا يزال الوقت الذى يحل فيه الشفع محل
 المشتري وتنقل إليه الملكية فى هذا التقنين هو نفس الوقت الذى يحدده لذلك
 قانون الشفعة السابق ، ولم يغير إلزام الشفع بإيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع
 الدعوى فى ذلك شيئاً . فما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدى وفى
 مناقشات اللجنة التى قامت بوضع نصوص الشفعة ليس ، فى نظرنا ، إلا
 تفسيراً لقانون الشفعة السابق . فنحن فى مناقشتنا للحجج التى استندت إليها محكمة
 النقض فى عهد قانون الشفعة السابق ، إنما نناقش حججاً يمكن الاستناد إليها
 فى عهد التقنين المدنى الجديد :

تقول محكمة النقض إن المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٤ مدنى
 جديد) تنص على أن « الحكم الذى يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية
 الشفع » . والمشرع لم يرد بهذا النص « أن يعتبر الحكم حجة أو دليلاً على الملكية
 التى قضى بها ، وإلا لكان هذا النص عبثاً مع وجود المادة ٢٣٢ التى نصت على
 حجية الأحكام » . ونقف عند هذه النقطة قليلاً ، إذ يبدو أن محكمة النقض
 تريد أن تستبعد معنى لكلمة « السند » لم يخطر على بال أحد أن يسنده لها . فالمادة
 ٢٣٢ من التقنين المدنى السابق التى تشير إليها المحكمة تنص على أن « الأحكام
 التى صارت انتهائية تكون حجة بالحقوق الثابتة بها ، ولا يجوز قبول إثبات
 على ما يخالفها إذا لم يكن اختلاف فى الحقوق المدعى بها ولا فى الموضوع ولا فى
 السبب ولا فى الصفة المتصف بها الأشخاص » . فالنص يعرض ، كما نرى ،
 لحجية الأمر للمقضى ، ولم يقل أحد إن المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق تريد
 أن تقرر أن حكم الشفعة حجة بما جاء فيه فيكسب بذلك حجية الأمر المقضى .
 وإنما المعارضون لما ذهب إلى محكمة النقض يقولون إن لكلمة « السند » معنيين
 مختلفين ، ليست حجية الأمر المقضى أحدهما . فكثيراً ما تستعمل النصوص كلمة
 « السند » على المعنى الذى ذهب إليه محكمة النقض ، فيكون معناها السبب
 القانونى (cause juridique) . وقد وردت الكلمة فعلاً على هذا المعنى ،

كما تقول محكمة النقض ، في المادة ٦٠٨ من التقنين المدني السابق (١) وفي المادة ٥٨٧ من تقنين المرافعات السابق (٢) . ولكن كثيراً ما تستعمل النصوص أيضاً كلمة « السند » على معنى آخر غير المعنى الذي ذهبت إليه محكمة النقض ، فيكون معناها دليل الإثبات أو الدليل المكتوب للحق الذي يتمسك به صاحبه . ولعل هذا المعنى الآخر هو الذي يغلب القصد إليه في النصوص . استعملت كلمة « السند » بهذا المعنى الآخر في المواد ١٤٨ و ٢٧٣ و ٥٤٩ من التقنين المدني السابق ، وهو التقنين الذي كان معمولاً به عند صدور حكم محكمة النقض في سنة ١٩٤٦ . فنصت المادة ١٤٨ من هذا التقنين على أنه « لا يكون الرد مستحقاً إذا دفع إنسان دين شخص آخر غلطاً لدائن ذلك الشخص وقبضه الدائن المذكور معتقداً صحة الدفع وانعدم سند الدين » ، وإنما يجوز الرجوع بالدفع على المدين الحقيقي . ونصت المادة ٢٧٣ من نفس التقنين على أن « تسليم مجرد الحقوق يكون بتسليم سنداتها » ونصت المادة ٥٤٩ من نفس التقنين على أنه « لا يصح رهن المنقول بالنسبة لغير المتعاقدين إلا إذا كان بسند ذي تاريخ ثابت بوجه رسمي واستعملت هذه الكلمة بهذا المعنى أيضاً في سلسلة من النصوص متعاقبة ، فنصت المادة ٢١٨ على أنه يجوز الإثبات بالبيئة « إذا وجد دليل قطعي على ضياع السند بسبب قهري » . ونصت المادة ٢١٩ على أن « إثبات التخلص من الدين يكون بتسليم سنده » . . . ، ونصت المادة ٢٢٠ على أنه « يجوز للدائن أن يثبت بالبيئة أن وجود السند تحت يدي المدين كان لسبب آخر غير تخلصه من الدين » . ويطول بنا القول لو عددنا النصوص

(١) وهذا نصها : مجرد وضع اليد على المنقولات يستفاد منه وجود السبب الصحيح وحسن الاعتقاد ، إلا إذا ثبت ما يخالف ذلك ، هذا مع مراعاة ما تقدم في حالي السرقة والضياع . ولا يفهم وجه استشهاد محكمة النقض بهذا النص إلا إذا رجعنا إلى النص الفرنسي المقابل له ، وهو ما يأتي :

“ Le seule possession des meubles fait présumer le titre et la bonne fois. sauf preuve contraire, et sauf ce quiest dit au cas de perte et de vol. ”

(٢) وهذا نصها : « حكم البيع يكون حجة للمشتري بملكته المبيع ، وسنداً للمدين ومن يستحق حقوقه للاستحصال على الثمن » . وهنا أيضاً يجب الرجوع إلى النص الفرنسي المقابل

“ Le jugement d'adjudication formera titre pour le débiteur et les ayants droit pour le paiement du prix; il sera titre de propriété pour l'adjudicataire; ... ”

التي استعملت فيها كلمة « السند » ^(١) على هذا المعنى ، سواء كان ذلك في التقنين المدني السابق أو في التقنينات الأخرى ، ونكتفي بالإشارة على سبيل المثال إلى المادة ٢٣١ والمادة ٢٧٢ من التقنين المدني السابق ، وإلى المواد ٣٩ و ١١٣ و ٣٣٣ و ٣٤٨ و ٣٧٠ و ٤٠٥ و ٤٠٦ و ٤٠٧ من التقنين التجاري . وإلى المواد ٢٨ و ٣٦ و ٢٥١ و ٢٥٤ و ٣٨٤ و ٣٩١ و ٣٩٨ و ٤١٠ و ٤١٢ و ٤١٧ و ٤٦٣ و ٥١١ و ٥٣٧ و ٥٤١ من تقنين المرافعات السابق .

فلكلمة « السند » إذن معنيان في لغة النصوص القانونية ، المعنى الأول هو السبب القانوني المنشئ للحق ، والمعنى الآخر هو دليل الحق المثبت له فولهيله المكتوب . فبأى معنى من هذين المعنيين استعملت كلمة « السند » الواردة في المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق ؟ تقول محكمة النقض إنها استعملت بمعنى السبب القانوني المنشئ لحق الشفع . وهذا محتمل . ولكن يوجد أيضا احتمال أن تكون استعملت بمعنى الدليل المثبت لحق الشفع ^(٢) ، فها هي القرينة التي تغلب أحد الاحتمالين على الاحتمال الآخر ؟ قد توجد قرينة تقطع في أن المقصود « بالسند » في المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق هو الدليل المثبت أو الدليل المكتوب ، فإن نص هذه المادة يجرى على الوجه الآتي : « الحكم الذي يصدر نهائيا بشيوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفع . وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها » . فلو كان الضمير في كلمة « تسجيله » يعود على أقرب اسم إليه ، لعاد على كلمة « السند » ، ومعنى ذلك أن السند هو الذي يجب تسجيله ، ولقطع ذلك في أن المقصود بالسند هو الدليل المكتوب لأن الدليل المكتوب هو وحده الذي يصلح للتسجيل . ولكن الضمير قد يكون عائداً على كلمة « الحكم » ،

(١) أو كلمة « titre » في النص الفرنسي للمادة .

(٢) ويقول الأستاذ محمد علي عرفة في هذا المعنى : « أما النص في المادة ٩٤٤ أن الحكم الذي يصدر نهائياً بشيوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفع ، فيجب حمله على أنه سند قاطع للمنازعة في ملكية الشفع ، لا على أنه سند منشئ لهذه الملكية ، ووجه هذا القول أن الشفع يظل بلا سند مثبت لحقه بسبب منازعة المشتري إياه في أخذ العنار بالشفقة ، فكان لا بد من الاجتناء إلى القضاء لثبوت الملك ، لا لإنشائه » (محمد علي عرفة ، فقرة ٣١٣ ص ٥٢٩ - ص ٥٣٠) .

وبخاصة إذا رجعنا إلى النص الفرنسي للمادة (١) . فيكون الواجب التسجيل
هو حكم الشفعة . فلا تقوم القرينة التي أشرنا إليها . وعلينا إذن أن نتلمس مرجعا
آخر لتغليب أحد المعنيين . وفي رأينا أنه لا يصح الوقوف عند الألفاظ والتحليل
اللغوي لتغليب أحد المعنيين . بل يجب النظر إلى نصوص الشفعة جملة واحدة
واستخلاص المعنى الذي يقصد إليه المشرع من مجموع الحلول العملية التي
أوردها . وهنا ننتقل إلى النظر في الحجج الأخرى التي استندت إليها محكمة
النقض ، وتتضمن الردود التي أجابت بها على الاعتراضات التي وجهت
إليها .

فلا اعتراض الأول الذي وجه إلى محكمة النقض هو أنه لو كان الشفع
لا يملك إلا بعد صدور الحكم بالشفعة الذي هو سند الشفع بمعنى أنه هو الذي
ينشئ حقه كما تقول محكمة النقض . لا تقتضي ذلك أن يبقى المشتري مالكا
إلى وقت صدور هذا الحكم . فإذا بنى أو غرس في العقار المبيع لكان يبنى
أو يفرس في عقار يملكه . ولو تصرف في هذا العقار لكان متصرفا في ملكه .
فلا محل إذن لأن يقيد المشرع حقه في البناء والغرس كما يقيد حق من يبنى
أو يفرس في ملك غيره ، ولا أن يقيد حقه في التصرف كما يقيد حق من
يتصرف في ملك الغير . ونجيب محكمة النقض على هذا الاعتراض بأنه لا يمكن
أن تكون هذه القيود قد ترتبت على زوال ملكية المشتري بأثر رجعي . لأن
هذا الأثر لا يستقيم إلا على تقدير أن يكون المشتري مالكا تحت شرط فاسخ
هو الحكم بالشفعة وأن يكون الشفع مالكا تحت شرط توقيني هو الحكم له
بطلبه ، وأن الأصل في التصرفات التنجيز والتعليق يثبت بعارض الشرط ،
والتعليق بالشرط لا يكون إلا في الالتزامات الانفاقية . وواضح أن القول
بزوال ملكية المشتري بأثر رجعي على تقدير أن يكون المشتري مالكا تحت
شرط فاسخ هو الحكم للشفع بالشفعة لم يخطر ببال المعارضين ، بل إن هؤلاء
إنما يقولون بأن حكم الشفعة كاشف لا منشيء . ولا يقصدون بتاتا أن يعلقوا

(١) وهذا هو النص الفرنسي للمادة ١٨ من قانون الشفعة السابق :

" Le jugement qui fait définitivement droit à la demande en préemption sera considéré comme titre de propriété pour le préempteur ; il devra être transcrit d'office . "

ملكية المشتري على شرط فاسخ هو الحكم للشفيع بالشفعة ، وإنما يقصدون أن يقولوا إن حكم الشفعة هو كسائر الأحكام كاشف عن حق الشفيع وإن هذا الحق قد نشأ قبل صدور الحكم بالشفعة ولم يفعل الحكم إلا أن كشف عن وجوده . فدفع الاعتراض بهذا الرد لا يكفي لدحضه . وكان يمكن لمحكمة النقض أن ترد على الاعتراض لو أنها قالت إن تقييد حق المشتري في البناء والغرس وفي التصرف في العقار لا يكفي وحده لتقييد ملكيته ، فقد يكون الشخص مالكا للشيء ويورد القانون قيودا على حريته في استعماله وفي التصرف فيه (١) . وبذلك ينهدم الاعتراض الأول ، فننتقل إلى الاعتراض الثاني .

وفي هذا الاعتراض الثاني يثار حلول الشفيع محل المشتري ، فيختنق المشتري من الصفقة ، وكأن الشفيع لا المشتري هو الذي تعاقد مع البائع منذ إبرام البيع ، فينشأ حق الشفيع من هذا الوقت لا من وقت صدور الحكم بالشفعة - ولكن محكمة النقض ترد على ذلك بأن حلول الشفيع محل المشتري إنما يكون ، لا منذ إبرام البيع ، بل منذ صدور الحكم بالشفعة ، إذ أن هذا الحكم هو الذي ينشئ حق الشفيع . وهذا الرد يكفي لدحض الاعتراض ، ولكنه يتطوى على أمر هام لا مناص من التسليم به . فالقول بأن حلول الشفيع

(١) وتقول محكمة النقض إن المشرع نقل أحكام الفقه الإسلامي في تقييد حق المشتري في البناء، الغرس ، وفي تقييد حقه في التصرف . ولا يبدو أن المشرع قد التزم التزاماً دقيقاً أحكام الفقه الإسلامي في ذلك ، حتى لو قلنا مع محكمة النقض إنه أخذ برأى أبي يوسف إذا بنى المشتري أو غرس قبل طلب الشفعة ويرأى أبي حنيفة إذا بنى أو غرس بعد طلب الشفعة . فسد أبو يوسف ، على ما تقول محكمة النقض نفسها ، على الشفيع أن يأخذ البناء أو الغراس بقيته باقياً ، أما في التشريع المصري فالشفيع ملزم تبعاً لما يختاره المشتري بأن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغرس (م ١/٩٤٦ مدني) . وعند أبي حنيفة الشفيع بالخيار إن شاء أخذ البناء أو الغراس بقيته مقلوعاً ، وإن شاء أجبر المشتري على القلع . أما في التشريع المصري فالشفيع أن يطلب الإزالة ، فإذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس التزم بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغرس (م ٢/٩٤٦ مدني) .

أما في تقييد تصرفات المشتري فالفقهاء في الفقه الإسلامي متفقون على أنه يجوز للشفيع إذا قضى له بالشفعة أن يتقضى تصرفات المشتري في العقار المشفوع فيه ، في حين أن التشريع المصري لا يميز للشفيع تقضى هذه التصرفات إطلاقاً ، ولا ينقص منها إلا ما تم بعد تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة (م ٩٤٧ مدني) .

عمل المشتري لا يكون إلا منذ صدور الحكم بالشفعة معناه الحتمى هو أن يبقى المشتري مالكا للعقار المبيع إلى وقت صدور هذا الحكم ، ومعناه الحتمى أيضا هو أن الشفع ، إذ يحل محل المشتري منذ صدور الحكم ، يتلقى ملكية العقار من المشتري لا من البائع فإن المشتري هو المالك وقت صدور الحكم .

وهنا يأتي الاعتراض الثالث ، وهو الاعتراض الحاسم . فنص المادة ١٣ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٥ مدنى جديد) صريح فى أن الشفع يرجع بضمان الاستحقاق مباشرة على البائع . فلو أن الشفع تلقى الملكية من المشتري كما هو مقتضى ما ذهبت إليه محكمة النقض ، لكان الواجب أن يكون المشتري هو الذى يرجع عليه الشفع بضمان الاستحقاق ، فإذا رجع الشفع بهذا الضمان على البائع فلنما يكون ذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة يرفعها الشفع باسم المشتري . فلننظر ماذا تقول محكمة النقض فى الرد على هذا الاعتراض . تقول إن « الشفع ، إذ يرجع بالضمان فى حالة الاستحقاق ، إنما يستعمل حقا من حقوق المشتري الذى حل محله ، ولا يتأتى مع هذا الوضع أن يرجع على المشتري نفسه ، بل الذى يتأتى أن يرجع على البائع الذى ادعى ملك ماباع ثم نقضت دعواه بالاستحقاق . وعلى ذلك فلا تعارض بين نفي الأثر الرجعى لحكم الشفعة واعتبار المشتري مالكا إلى يوم هذا الحكم ، وبين إيجاب الضمان فى حالة الاستحقاق على البائع دون المشتري » . وهذا القول فى حاجة إلى إمعان من النظر . فإذا كانت محكمة النقض تريد ، بقولها إن الشفع فى رجوعه بالضمان على البائع إنما يستعمل حقا من حقوق المشتري ، أن الشفع يستعمل الدعوى غير المباشرة يرفعها باسم البائع ، فإن هذا القول يتناقض مع صريح النص . فالمرشح يقول « ليس للشفع أن يرجع إلا على البائع » ، فهو ينفي الرجوع على المشتري . ولو أراد المرشح أن يكون رجوع الشفع باسم المشتري ، لما منع ذلك من أن الشفع يرجع رجوعا مباشرا على المشتري إلى جانب رجوعه رجوعا غير مباشر على البائع ، بل لما كان هناك حاجة إلى النص على جواز رجوع الشفع بالدعوى غير المباشرة فإن القواعد العامة تكفل هذا الرجوع دون حاجة إلى نص . وإذا كانت محكمة النقض تقصد القول إن الشفع إنما يستعمل حق المشتري الذى انتقل إليه هو عندما حل محل المشتري منذ صدور الحكم بالشفعة

فالشفع يرجع رجوعاً مباشراً على البائع بضمان الاستحقاق كما كان يرجع المشتري : فإن هذا القول لا يمنع من أن الشفع يرجع أيضاً رجوعاً مباشراً على المشتري بضمان الاستحقاق مستمداً هذا الرجوع من أن الملكية انتقلت إليه من المشتري لا من البائع (١) . ففي هذا القول أيضاً يكون للشفع أن يرجع رجوعاً

(١) وهذا التصوير هو الذى أخذ به أحد الفقهاء ، وسار فيه إلى نهاية المتعلقة المحتومة . فمعه أن حلول الشفع محل المشتري إنما يقع منذ صدور الحكم بالشفعة ، فيكون « الحكم بالشفعة » - فضلاً عن أنه ينقل الملكية إلى الشفع - يترتب عليه كذلك انتقال جميع حقوق المشتري والتزاماته ، وهذه حالة من الحالات التى تقع فيها حوالة الدين بنص القانون ، وقد نصت عليها المادة ١/٩٤٥ « (شقيق شحاته فقرة ٢٧٧ ص ٢٨٧ - ص ٢٨٨) . ومعنى ذلك أن المشتري ينقل بحكم القانون ، منذ صدور الحكم بالشفعة ، إلى الشفع حق ملكيته وجميع حقوقه الشخصية من ضمان استحقاق وضمان عيوب خفية وغيرها من الحقوق ، عن طريق هذه الحوالة القانونية . فيكون الشفع خلفاً خاصاً للمشتري ، وقد انتقلت إليه حقوق المشتري بسبب جديد هو الحكم بالشفعة . ويكون هذا الحكم بمثابة شراء جديد صدر من المشتري إلى الشفع ، ولا فرق بينه وبين الشراء الجديد إلا فى أنه يجرى بحكم القانون لا بحكم الاتفاق ، أما آثاره فتبقى هى آثار الشراء الجديد . ولذلك يقول الأستاذ شقيق شحاته ، وهو منطقي في هذا مع نفسه ، « يعتبر الحكم (بالشفعة) السبب القانوني للملكية الشفع ، أى أن الحكم بالشفعة يحمل الشفع مالكا بسبب الشفعة لا بسبب الشراء الذى حل فيه الشفع محل المشتري . ولذلك فإن الشفع لا يتلقى الملك مباشرة عن البائع بل يتلقاها عن المشتري ، الذى يكون قد ملك الشيء ملكية تامة في الفترة التى تقع ما بين البيع والحكم بالشفعة » (شقيق شحاته فقرة ٢٧٧ ص ٢٨٦) . فإذا كان الشفع قد ملك حقوق المشتري بشراء جديد منه ، فإنه يكون بمثابة مشتري من المشتري . والمشتري من المشتري يرجع مباشرة بضمان الاستحقاق على البائع ، إذ ينتقل إليه هذا الحق من المشتري باختياره من توابع المبيع (انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٤٤) . ولكن ذلك لا يمنعه من الرجوع بضمان الاستحقاق أيضاً على المشتري ، أما هنا فلا يرجع الشفع على المشتري ، بل هو لا يرجع إلا على البائع ، إذ تقول الفقرة الثالثة من المادة ٩٤٥ مدني « وإذا استحق العقار لغير بده أعده بالشفعة ، فليس للشفع أن يرجع إلا على البائع » . وإذا كان الشفع لا يرجع بضمان الاستحقاق على المشتري كما يرجع به على البائع ، فاذك إلا لأن المشتري قد اعتنى تماماً من الصفقة ، فليس هو الذى نقل الملكية إلى الشفع ، وليس هو الذى نقل إلى الشفع ضمان الاستحقاق والحقوق الشخصية الأخرى ، بل انتقلت الملكية رأساً من البائع إلى الشفع فالتزم البائع بضمان الاستحقاق رأساً نحو الشفع دون وساطة المشتري . وهذا هو المعنى المقصود من حلول الشفع محل المشتري ، فالشفع أخذ مكان المشتري وأصبح كأنه هو المشتري منذ البداية ، وكان المشتري لم يتدخل بتاتاً في الصفقة .

مباشراً بضمان الاستحقاق على أى من البائع أو المشتري . ولكن المشرع منع بنص صريح رجوع الشفع بضمان الاستحقاق على المشتري ، وجعل الرجوع بهذا الضمان على البائع وحده ، إذ يقول النص كما رأينا « فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع » . وهذا معناه أن المشتري قد اختفى من الصفقة منذ البداية وحل محله الشفع . وذلك منذ إبرام البيع لا منذ صدور الحكم بالشفعة ، وهذا ما يناقض مذهب محكمة النقض . فالحكمة إذن بين أن تخالف نصاً صريحاً في القانون ، وبين أن تأخذ به فتقضى مذهبها . والصحيح في نظرنا أن نص المادة ١٣ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٥ مدني جديد) هو « حده القاطع في أن الشفع يحل محل المشتري منذ إبرام البيع » فتعقد الصلة مباشرة بينه وبين البائع ، فيكون له إذن أن يرجع رجوعاً مباشراً على البائع دون المشتري بضمان الاستحقاق . وهذا النص هو وحده الذي يغلب أحد الاحتمالين في تفسير كلمة « السند » التي وردت في المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٤ مدني جديد) ، ويصرف معنى هذه الكلمة إلى أن يكون دليل الحق مثبت له أو دليله المكتوب ، لا أن يكون السبب القانوني المنشئ للحق . إذ لو كان معنى كلمة « السند » السبب القانوني المنشئ للحق ، لوجب القول مع محكمة النقض إن حكم الشفعة منشئ لا كاشف ، وإن الشفع لا يحل محل المشتري إلا منذ صدور هذا الحكم ، وهذا ما نعتقد أننا أثبتنا عكسه . فالشفيع يحل محل المشتري منذ إبرام البيع ، حتى يستطيع أن يرجع رجوعاً مباشراً بضمان الاستحقاق على البائع وحده دون المشتري .

فإذا ما انتهينا على هذا النحو إلى أن حكم الشفعة كاشف لا منشئ^(١) ، وإلى أن حلول الشفع محل المشتري يكون منذ إبرام البيع لا منذ صدور الحكم بالشفعة ، لم يبق بعد ذلك حائل دون قياس حق الشفعة على حق الاسترداد .

(١) ولا محل إذن لما أقرته محكمة النقض من « أن هناك فرقاً بين حق الشفعة وحق التملك بها ، وأنه إذا كان الحق الأول يوجد بالبيع مع قيام الموع ، فإن الحق الثاني لا يوجد إلا بقبول المشتري أو القاضي نيابة عنه . ومن أجل هذا كان حكم الشفعة مقررأ لحق الشفع في طلب الأخذ ، منشئاً لأثر هذا الطلب في حلول الشفع محل المشتري » . فقد رأينا أن حكم الشفعة كاشف في الحالتين ، فهو كاشف عن طلب الأخذ ، وكاشف عن أثر هذا الطلب في حلول الشفع محل المشتري .

فالشفيع كالمسترد لخصه شائعة ، كلاهما يحل محل المشتري منذ إبرام البيع ، لا منذ الحكم بالشفعة أو الحكم بالاسترداد . وما حق الاسترداد إلا حق شفعة مقصور على المنقول والمجموع من المال ، فهو يماثل حق الشفعة تماما من حيث حلول المسترد محل المشتري . وتقول المادة ١/٨٣٣ مدني في هذا الصدد : « ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفق » . والمجمع عليه في فرنسا وفي مصر أن حلول المسترد محل المشتري معناه أن المشتري يخفى من الصفقة تماما ، ويعتبر المسترد كأنه هو الذي اشترى الحصص الشائعة مباشرة من البائع ، وكأن المشتري لم يتدخل بتاتا في الصفقة . وهذا الذي تقرر إجماعا في حق الاسترداد يجب أن يكون مقررا أيضا في حق الشفعة . ولا يحول دون ذلك ما تقوله محكمة النقض من أن « الشارع هناك لم يجعل حكم الاسترداد منشئا لحق المسترد ، كما جعل الشارع هنا حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع » ، فإن حكم الشفعة كما رأينا لا ينشئ حق الشفيع بل يكشف عنه ، كما يكشف عن حق المسترد حكم الاسترداد .

ولم يبق بعد ذلك من حجج محكمة النقض ما يستوفينا إلا ما استظهرته من أن حكم الشفعة يخالف المبدأ العام في الأحكام من أنها كاشفة لامنشة ، وتعلل ذلك بأن « الشارع نفسه هو الذي جعل حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع كما جعل حكم البيع منشئا لحق الراعي عليه المزداد ، فكان التزول على حكم الشارع واجبا لامعدي عنه » . وقد رأينا أن النص الذي تستند إليه محكمة النقض لا يسعها في القول بأن الشارع نفسه هو الذي جعل حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع ، ومن ثم لا محل لاستثناء حكم الشفعة من المبدأ العام الذي يقضي بأن الأحكام كاشفة لامنشة ، فحكم الشفعة لا يخرج على هذا المبدأ إذ هو كاشف لا منشئ .

٢٣٠- موقف الفقه الإسلامي من المسألة : ليس هناك اتفاق في الفقه

الإسلامي على أن حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع ، لا في المذهب الحنفي ولا في المذاهب الأخرى .

ففي المذهب الحنفي ، عند أبي حنيفة ، إذا أتى الشفيع بطلب الموائبة وبطلب الإشهاد والتقرير صحيحين ، استقر حقه على وجه لا يبطل بتأخير طلب الخصومة حتى يسقطها بلسانه . وهذه هي أيضا إحدى الروايتين عن أبي

يوسف ، وهو ظاهر المذهب ، وعليه الفتوى ، كذا في الهداية (١) . ووجه قول أبي حنيفة أن الحق للشفيع قد ثبت بالطلبين ، والأصل أن الحق متى ثبت لإنسان لا يبطل إلا بإبطال ولم يوجد ، لأن تأخير طلب الخصومة لا يكون إبطالا ، كتأخير استيفاء القصاص وسائر الديون (٢) . وذكر الكرخي أن القاضي إذا قضى بالشفعة ينتقض البيع الذي كان بين البائع والمشتري في المشهور من قولهم . وروى عن أبي يوسف أنه لا ينتقض . واختلف المشايخ فيه . قال بعضهم البيع لا ينتقض ، بل تتحول الصفقة إلى الشفيع . وقال بعضهم ينتقض البيع الذي جرى بين البائع والمشتري وهذا قول محمد ، وينعقد للشفيع بيع آخر ، كأنه كان من البائع لإيجابان ، أحدهما مع المشتري والآخر مع الشفيع . فإذا قضى القاضي بالشفعة فقد قبل الشفيع الإيجاب الذي أضيف إليه ، وانتقض ما أضيف إلى المشتري ، سواء قبل المشتري الإيجاب المضاف إليه أو لم يقبل . ووجه قول من قال بالتحول لا بالانتقاض أن البيع لو انتقض تعذر الأخذ بالشفعة ، لأنه من شرائط وجوب الشفعة ، فإذا انتقض لم تجب ، فتعذر الأخذ . ووجه قول من قال بالانتقاض لا بالتحول أن للشفيع أن يرد الدار على من أخذها منه بخيار الرؤية ، وإذا رد عليه لا يعود شراء المشتري . ولو تحولت الصفقة إلى الشفيع لعاد شراء المشتري ، لأن التحول كان لضرورة مراعاة حق الشفيع ، ولما رد فقد زالت الضرورة ، فينبغي أن يعود الشراء . ولأنها لو تحولت لصار المشتري وكيل للشفيع ، لأن عقده يقع له ، ولو كان كذلك لما ثبت للشفيع خيار الرؤية إذا كان المشتري قد رآها قبل ذلك ورضي بها ، لأن خيار الرؤية يبطل بروؤية الوكيل ورضاه . وكذلك لو كان الشراء بضمن مؤجل ، فأراد الشفيع أن يأخذها للحال ، يأخذ بضمن حال ، ولو تحولت الصفقة إليه لأخذها بضمن مؤجل . وكلنا لو اشتراها على أن البائع برئ من كل عيب بها عند البيع ، ثم أخذها الشفيع فوجد بها عيبا ، فله أن يردها على من أخذها منه . ولو تحولت تلك الصفقة إلى الشفيع ، لما ثبت له حق الرد ، كما لم يثبت للمشتري . فدلّت هذه المسائل على أن شراء المشتري ينتقض ، ويأخذها الشفيع بشراء مبتدأ بعد

(١) أنظر الفتاوى المتبعة ، ص ١٧٣ .

(٢) أنظر الجائع ، ص ١٩ .

إيجاب مبتدأ مضاف إليه . وقد خرج الجواب عن قولهم إن البيع لو انتقض
لتمتع الأخذ بالشفعة ، لأنه لا يأخذ بذلك العقد لانتقاضه ، بل بعقد مبتدأ بين
البائع والشفيع على ماسبق تقريره (١) . أما إذا كان البيع في يد المشتري ،
فأخذه الشفيع منه ودفع الثمن إليه ، فالبيع الأول صحيح ، لأن التملك وقع على
المشتري ، فيجمل كأنه اشترى منه (٢) .

(١) أنظر البدائع ٥ ص ٢٣ - ص ٢٤ .

(٢) أنظر البدائع ٥ ص ٢٤ - ويقرر الأستاذ على الخفيف مذهب الحنفية على الوجه الآتي:
«إذا بيع العقار أدخل في ملك المشتري بمجرد عقد البيع ، دون توقف على أدائه الثمن أو على
فصله من البائع . فإذا استحق شفيعه بالشفعة لم يملكه بمجرد طلبه ، لأن حق الشفعة ضيق
فلا يقوى بالمطالبة على رفع ملك ثابت للمشتري بمقدمه . ولذا لا يملك الشفيع العقار المشفوع فيه
إلا بأحد أمرين ، الأول تسلمه من المشتري عن رضا منه فيتملكه من وقت تسلمه ، الثاني قضاء
القاضي له به فيملكه من وقت القضاء وإن لم يتسلمه فعلا . وذلك ما أخذت به دوائر محكمة
الاستئناف المختصة ، حين رفع إليها هذا الموضوع بسبب اختلاف الأحكام فيه . فأما
ما تملكه بأخذه له عن رضا ، فلأن ذلك بمنزلة شرائه من المشتري بما قام عليه ، والشراء عقد
ناقل للملكية . وأما تملكه بقضاء القاضي ، فذلك لا يكون إلا عند إياه المشتري ، وإيلائه في
هذه الحالة ظلم ، وقد نصب القاضي لرفع الظلم . فيقوم القاضي حينئذ مقامه في هذه المعامضة
دفعا لظلمه ، ويملكه الشفيع بما قام به على المشتري ، ويدخل الثمن في ملك المشتري حينئذ جبراً
عنه ، وكأنه رضى بذلك لقيام القاضي مقامه فيه . وإذا كان يملك الشفيع للعقار المشفوع فيه
في هذه الحالة أيضاً عن طريق شرائه من القاضي ، أو كأنه اشتراه من القاضي نيابة عن المشتري .
وهذا بين إذا كان المشتري قد تسلم المبيع من بائعه ، ولكن إذا حصل القضاء والمبيع لا يزال
في يد البائع فإن هذا التوجيه لا يظهر . ذلك لأن القضاء على البائع بتسليم المبيع إلى الشفيع في
هذه الحالة يصح به البائع عاجزاً عن تسليمه إلى المشتري ، وذلك مفد لبيع . وإذا فسد البيع
الصادر للمشتري زال ملكه ، وعند ذلك لا يصح أن يكون مملوكاً ، ولا ينوب عنه القاضي في
التمليك . ولذا قالوا إن هذا القضاء في هذه الحالة ينتقض العقد بالنسبة للمشتري ، ويجعل الإيجاب
الصادر من البائع كأنه موجه إلى الشفيع ، وكأن الشفيع قد قبله ، وبذلك يد الشفيع في هذه
الحال مشترياً من البائع مباشرة لا من المشتري . وعلى هذا فالشفيع على أية حال يعتبر
مشترياً للعقار المشفوع فيه ، إما من مشتريه وإما من بائعه . ولذلك يثبت له من الخيارات
ما يثبت للمشتري ، فيثبت له خيار العيب وخيار الرؤية دون خيار الشرط لأنه يتناقض مع
اشتراط المطالبة الجازمة بالشفعة . ثم لا يتقيد فيما يكون بين بائع العقار ومشتريه من شروط
تتعلق بالبرائة من الميوب أو بتأجيل الثمن أو بتقييده أو بخيار فسخ ونحوه ، لأنه قد أخذه
بمبادلة مستقلة عن طريق الرضا أو القهر . فإن وجد بالمبيع عيباً رده على من تسلمه منه من بائع
أو مشتري . وكذلك إذا أخذه قبل أن يراه ، فيرده إذا أراد على من تسلمه منه . فإن رده على
بائعه لأنه تسلم منه ، كان المشتري غيراً حينئذ في إضفاء صفقته أو عدم إضائها دون توقف
على أرضاء البائع . وإن رده على مشتريه لأنه تسلم منه ، كان كل من بائعه ومشتريه ملزماً
بتنفيذ ما اتفقا عليه من شروط في عقد البيع الذي تم بينهما وكأنه لم ينتقض (على الخفيف في
أحكام المعاملات - الشريعة سنة ١٩٤٢ ص ١١٩ - ص ١٢٠) .

وفي المذاهب الأخرى غير مذهب الحنفية ، ذهب مالك إلى أن الشفيع يتملك المشفوع فيه بقوله أخذته بالشفعة وما في معناه ، دون اشتراط قضاء من القاضى أو رضا من المشتري متى كان عالما بالثمن . لأن ذلك يعتبر قبولا لبيع البائع ، وكأن إيجابه وجه إليه عند حصوله . وقال أحمد يملكه بذلك الطالب ، وإن لم يعلم الثمن . وقال الشافعى يملكه به ، بشرط أن يدفع الثمن إلى المشتري . وجه قولهم أن الشارع جعل الشفيع أحق بالمبيع من المشتري رضى بذلك أو أبى ، فلا يتوقف تملك الشفيع المبيع على رضا ، ولم يرد عن الشارع أنه اشترط لتملكه قضاء القاضى (١) .

ويخلص من كل ذلك أن الحنفية في أكثر أقوالهم يذهبون إلى أن الشفيع يملك المشفوع فيه من وقت رضا المشتري أو من وقت قضاء القاضى ، فيكون حكم الشفعة منشأ لحق الشفيع . ولكن أبا حنيفة يذهب إلى أن الشفيع يستقر حقه بطلب الموائبة وطلب الإشهاد والتقرير ، دون حاجة إلى قضاء القاضى ، وهذه هى إحدى الروايتين عن أبى يوسف . فلا يكون قضاء القاضى إذن فى هذا القول ضروريا لاستقرار حق الشفيع ، ومن ثم لا يكون حكم الشفعة هو الذى ينشئ حق الشفيع . وفي المذاهب الثلاثة الأخرى لا يتوقف تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه على رضا المشتري أو على قضاء القاضى ، بل يملكه قبل ذلك ، بمجرد طلب الشفعة عند أحمد ، وبمجرد طلبها إذا علم الشفيع بالثمن عند مالك ، وبطلبها إذا دفع الشفيع الثمن إلى المشتري عند الشافعى . فى هذه المذاهب الثلاثة إذن لا يكون قضاء القاضى ضروريا لتملك الشفيع العقار المشفوع فيه ، ومن ثم لا يكون حكم الشفعة منشأ لحق الشفيع .

٢٣١ - حلول الشفيع محل المشتري من وقت البيع هو الزى بنفق

مع طبيعة الشفعة مع الحلول العملية فيها : والآن بعد أن أثبتنا أنه لا يمكن الاستناد إلى المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٤ مدنى جديد) ، وهى التى تقرر أن حكم الشفعة « يعتبر سنداً للملكية الشفيع » ، للقول بأن حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع وبأن حلول الشفيع محل المشتري يحصل تبعاً لذلك من وقت صدور

(١) أنظر على الخفيف فى أحكام المعاملات الشرعية سنة ١٩٤٢ ص ١٢٠ - ص ١٢١ .

هذا الحكم ، نكون قد أزحنا الحجة الرئيسية التي يعتمد عليها أصحاب هذا القول . ولا يستطيع أصحاب هذا القول ، من جهة أخرى ، الاستناد إلى الفقه الإسلامي . فقد رأينا أن هذا الفقه قد اختلف فيه الآراء ، وإذا كان المذهب الحنفي يقول في بعض آرائه إن الشفع يتملك من وقت القضاء له بالشفعة ، فإن إمام هذا المذهب ، ويتابعه في ذلك فقهاء آخرون ، يقول إن حق الشفع يستقر قبل القضاء له بالشفعة ، أما المذاهب الثلاثة الأخرى فجمعة على أن الشفع يتملك قبل القضاء له بالشفعة .

لم يبق إذن . وقد استبعدنا نص المادة ١٨ من قانون الشفعة (م ٩٤٤ مدني جديد) واستبعدنا الفقه الإسلامي ، إلا أن نرجع إلى المبادئ العامة في الشفعة . وإلى الحلول العملية التي أوردتها المشرع والتي يكون من شأنها أن تثير لنا الطريق ، مستأنسين بالأعمال التحضيرية للتقنين المدني الجديد .

أما المبادئ العامة في الشفعة فترجع هنا إلى التكييف الصحيح لطبيعة الشفعة . وقد عرضنا لهذا التكييف غير مرة ، وقررنا ^(١) أن الشفعة واقعة مركبة من عناصر ثلاثة ، الارتباط ما بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به ، وبيع العقار المشفوع فيه ، وإعلان الشفع إرادته في الأخذ بالشفعة . ففي تكاملت هذه العناصر ، فقد قامت الشفعة سببا قانونيا يحدث أثره ، وهذا الأثر هو حلول الشفع محل المشتري في البيع الذي تم بين المشتري والبائع منذ تمام هذا البيع . فالشفعة إذن لا تحدث أثرها إلا عند إعلان الشفع إرادته في الأخذ بالشفعة . ولكن متى أحدثت هذا الأثر فقد حل الشفع محل المشتري منذ تمام البيع لا منذ إعلان الشفع لإرادته . وعلى ذلك يجب . كما استبعدنا القول بأن الشفع يحل محل المشتري من وقت صدور الحكم بالشفعة ، أن نستبعد أيضا أن يكون هذا الحل من وقت رفع دعوى الشفعة ، أو من وقت تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، أو من وقت إعلان هذه الرغبة . وهذه أقوال ثلاثة أخرى لكل قول منها أنصار في الفقه وفي القضاء وقد سبقت الإشارة إليها ^(٢) . صحيح أنه يجب أن نقف عند إعلان الشفع رغبته في الأخذ بالشفعة ، ولكن لنقرر أن

(١) أنظر آنفاً فقرة ١ وقرة ٢٢٥ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٦ .

الشفعة قد تكاملت عناصرها وقامت سببا قانونيا لحلول الشفع على المشتري ، على أن يكون هذا الحل واقعا من وقت إبرام البيع لا من وقت إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، بحيث يختفى شخص المشتري من الصفقة فلا يتوسط ما بين البائع والشفيع ، وتكون الصلة ما بين البائع والشفيع صلة مباشرة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم (١) . وكما أن الحكم بالشفعة إنما يكشف عن ثبوت حق الشفع وعن أن الشفع قد حل محل المشتري ، كذلك إعلان الشفع ورغبته في الأخذ بالشفعة إذا هو أنشأ حق الشفع فإن ذلك معناه أنه أنشأ حق الشفع في الحل محل المشتري منذ إبرام البيع . فالشفعة تم سببا قانونيا ، لإحلال الشفع محل المشتري ، عند إعلان الشفع ورغبته في الأخذ بالشفعة . ولكن متى حل الشفع محل المشتري فإن حله هذا يحصل منذ إبرام البيع ، وتعتبر الصفقة قد انعقدت مباشرة لا بين البائع والمشتري بل بين البائع والشفيع .

ويتأكد ذلك إذا رجعنا إلى الحل العملية التى أوردتها المشرع ومن شأنها أن تثير لنا الطريق . فقد رأينا أن المادة ٩٤٥ مدنى تنص صراحة على أن الشفع لا يرجع في ضمان الاستحقاق على المشتري ، وإنما يرجع مباشرة في هذا الضمان على البائع . ولا يتأتى ذلك إذا بقى المشتري في الصفقة يتوسط بين البائع والشفيع ، فننتقل الملكية أولا بالبيع من البائع إلى المشتري ، ثم تنتقل بعد ذلك بالشفعة من المشتري إلى الشفع . إذ لو كان الأمر على هذا النحو ، لوجب أن يرجع الشفع بضمان الاستحقاق على المشتري فهو الذى نقل الملكية إلى الشفع ، ولو رجع على البائع لما كان له أن يرجع إلا باسم المشتري عن طريق الدعوى غير المباشرة ، أو يرجع عليه رجوعا مباشرا ولكن هذا الرجوع لا يمنعه من أن يرجع أيضا رجوعا مباشرا على المشتري . ويقاس على ضمان الاستحقاق سائر التزامات البائع ، من الالتزام بنقل الملكية والالتزام بتسليم المبيع والالتزام بضمان العيوب الخفية ، فهذه كلها يرجع فيها الشفع مباشرة على البائع لا على المشتري كما هي الحال في ضمان الاستحقاق . وقد سبق أن قررنا أن نص المادة ٩٤٥ مدنى ، الذى يجعل الشفع لا يرجع بضمان الاستحقاق إلا على البائع ، هو النص الحاسم في المسألة التى نحن بصدددها . فهذا النص يحمل الدليل القاطع على أن الشفع يحل

محل المشتري منذ إبرام البيع ، وأن شخص المشتري يخفى من الصفقة لتكون الصلة ما بين البائع والشفيع صلة مباشرة . فلا يكون حكم الشفعة منشأ لحق الشفع بحيث لا يقع حلول الشفع محل المشتري إلا منذ صدور هذا الحكم ، بل هو حلول يقع قبل ذلك ومنذ إبرام البيع (١) .

ونستأنس بعد ذلك ، فيما قدمناه ، بالأعمال التحضيرية للتقنين المدني الجديد . وأول ما نستأنس به هو ما دار من مناقشات حول هذه المسألة في اللجنة التي قامت بوضع نصوص المشروع التهدي في الشفعة . وأول قول صريح في هذه المسألة نقرأه في محضر جلسة ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٨ من جلسات اللجنة ، إذ يقول أحد الأعضاء : « فالواقع أن الشفع مالك منذ تاريخ البيع ، غير أن ملكيته هذه مشروطة باستعمال حقه في الشفعة في الميعاد القانوني والاعتراف بحقه هذا فيما بعد باسناد ملكية العقار إليه . فالشفع إذن يتلقى حقه من البائع مباشرة ، بدليل أنه محل بحكم القانون محل المشتري . ويكتسب الثمار ابتداء من تاريخ البيع ، كما يدفع فوائد الثمن من نفس التاريخ ، فضلاً عن أن الشفع يعد هو المالك الوحيد منذ البيع ، ولو أن ملكيته في الحقيقة معلقة على شرط إذ أن حقه في الملكية رهين بقيامه بالإجراءات التي يتطلبها القانون ، إلا أنه مالك يتلقى حقه مباشرة من البائع ، مما يترتب عليه أن كل بيع يحصل من المشتري ابتداء من اللحظة التي يستعمل فيها الشفع حقه في الشفعة لا يحتاج به عليه ولا يسرى حقه » (٢) . وهذا القول لا غبار عليه (٣) ، ولكنه بطبيعة الحال إنما يعبر عن الرأي الشخصي للعضو الذي قاله ، لا عن رأى اللجنة (٤) .

(١) أنظر آنفاً ص ٧٢٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٠ في الهامش .

(٣) لولا ما جاء فيه من أن ملكية الشفع معلقة على شرط ، فالشرط لا يكون إلا في الالتزامات الاتفاقية ، وملكية الشفع ملكية منجزة . وحكم الشفعة ليس شرطاً تعلق عليه هذه الملكية ، وإنما هو كاشف عن هذه الملكية المنجزة (أنظر آنفاً فقرة ٢٢٩) .

(٤) وقد افترض فلان عضو آخر في اللجنة على هذا القول ، إذ ذكر أنه «يؤدي إلى قلب نظام الشفعة القائم رأساً على عقب ، إذ يجب ألا ينزب عن البال أنه إلى جانب حق الشفع توجد حقوق أخرى اكتسبها الغير حسن النية ولا يمكن إغفالها ، ولهذا الغير أن يكسب حقوقاً على العقار إلى اللحظة التي يتم فيها تسجيل طلب الشفعة . وكل حق يترتب المشتري في الفترة الواقعة بين البيع الأول وتسجيل طلب الشفعة هو حق يكتسبه الغير اكتساباً صحيحاً ، ومن ثم يكون نافذاً في حق الشفع ويحتاج به عليه . فرد العضو صاحب القول الأول بأن هذه النتائج إنما ترتب على نظام التسجيل ، ولا علاقة لها بمادة الشفعة التي تنفرد بطبيعة خاصة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٠ - ص ٤٠١ في الهامش) .

ولما تفرغت اللجنة لمناقشة المسألة : انقسم الأعضاء فيما أدلوا به من آراء ، وقرنوا مسألة تحديد وقت انتقال الملكية بالوقت الذى يكسب فيه الشفع الحق فى الثمار ، فهو يكسب الثمار من الوقت الذى يصبح فيه مالكا للعقار المشفوع فيه . ورأى أحد الأعضاء أن يحدد الوقت بتاريخ البيع ، ورأى أعضاء آخرون أن يكون هذا الوقت هو وقت إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، ولم ير إلا عضو واحد أن يكون حكم الشفعة منشئا على الوجه الذى ذهبت إليه محكمة النقض وأن يتأخر انتقال الملكية إلى الشفع إلى وقت صدور هذا الحكم . ولما لم تستطع اللجنة الاتفاق على رأى (١) ، عقب أحد الأعضاء : بأن الموضوع

(١) ونقل هنا أم ما جاء فى محضر جلسة ١١ مارس سنة ١٩٣٨ فى هذا الصدد : «طلب الرئيس من الأعضاء تصفية النقطة الباقية فى باب الشفعة ، وهى تحديد الوقت الذى يصبح الشفع ابتداء منه مالكا للعقار المشفوع ، فهل يصبح الشفع مالكا من يوم حصول البيع ، أم من يوم إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة ، أم من تاريخ تسجيل هذه الرغبة ، أم من يوم موافقة المشفوع ضده على طلب الشفعة ، أم من تاريخ الحكم الصادر بالأحقية فى الشفعة ؟ فقال أحد الأعضاء : «إن النصوص التى أقرتها اللجنة قد تناولت مختلف العلاقات فى مادة الشفعة . أما معرفة الوقت الذى يصبح الشفع مالكا ابتداء منه فلا جدوى من بحثه ، إلا إذا أريد وضع نص خاص لتحديد ذلك الوقت . فإذا لم يكن هدف اللجنة وضع هذا النص ، فإن من البت مناقشة مختلف الآراء التى أبدت فى هذا الصدد . وقال عضو آخر : «إن النصوص التى أقرتها اللجنة كفيلا بتنظيم علاقة الشفع بالغير ، ولكنها قاصرة عن علاج العلاقة بين الشفع والمشفوع ضده . لهذا يحسن وضع نص صريح قاطع فى تحديد الوقت الذى يصبح الشفع ابتداء منه مالكا لعقار الذى شفع فيه وذلك لوضع حد لاختلاف القضاء وتباين وجهات النظر فى هذه المسألة . وأضاف أنه يرى أن الشفع يعتبر مالكا ابتداء من التاريخ الذى يعلن فيه رغبته فى أخذ العقار بالشفعة أى من تاريخ إعلان الرغبة فى الشفعة ، لأن الحكم الذى يصدر نهائيا بقبول الحق فى الشفعة إنما يقر للشفع بحق يرجع إلى اللحظة التى استعمل فيها هذا الحق ، ويمكن إجماع هذا المبدأ فى تعريف حق الشفعة الذى نصت عليه المادة الأولى » . ثم اقترح أحد الأعضاء الانتصار على وضع نص يكسب الشفع الحق فى الثمار ويلزمه بقوائمه الثمن ابتداء من تاريخ إعلان رغبته فى الشفعة . فتسأل الرئيس عما إذا كان هناك محل للنص على التزامه بالفوائد بالنسبة فقط إلى الجزء من الثمن الذى لم يتم بإيداعه . وعقب أحد الأعضاء بأن الأخذ بالنص المقترح من أن العقار المشفوع فيه سيتناوله ملاك ثلاثة على التوالى ، هم البائع والمشتري من تاريخ شرائه والشفع من تاريخ إعلان رغبته فى الشفعة ، الأمر الذى يناقض المبادئ المقررة فى الشفعة والتى تقضى بأن الشفع يحل قبل البائع محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته فيما عدا الانتفاع بالأجل الذى هو ملحق على رضا البائع . واقترح لذلك النص على أن يكون للشفع الحق فى الثمار ابتداء من تاريخ البيع . وبأخذ الأصوات لم توافق اللجنة على هذا الاقتراح . وقال أحد الأعضاء : «إن رأى -

الوحيد الذى يتعين علاجه بنص إنما هو مسألة الثمار وفوائد الثمن ، وأن النص الواجب وضعه يجب أن يكون الغرض منه وضع حل لذلك ، وطلب أخذ رأى فى هذه النقطة . فوافقت اللجنة بالأغلبية على هذا الاقتراح ، وقررت أن ينص فى المادة الواجب وضعها على أن الشفع يملك الثمار ويلتزم بالفوائد من تاريخ إعلان رغبته فى الشفعة. (١) . وعهدت اللجنة إلى أحد الأعضاء بصياغة هذا النص ، ولكن يظهر أن اللجنة حلت قبل أن يعرض النص عليها . ولم يتضمن المشروع التمهيدي نصا فى هذا الخصوص ، ولكن المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع جاء فيها ما يأتى : « هذا وقد تناقشت اللجنة فى جاسمتها الأخيرة التى عقدتها للنظر فى نصوص الشفعة (الجلسة الثانية عشرة) فى إضافة نص يقضى بأن الغلة تكون للشفع من وقت إعلانه الأخذ بالشفعة ، وعليه من ذلك الوقت أيضا فوائد ما لم يه دعه من الثمن فى خريئة المحكمة . وقد اقترح

الذى أخذت به محكمة النقض هو فى رأيه مخالف للنصوص ، وإن هناك خلا فى النهاية لاعتبار الشفع مالكا ابتداء من تاريخ إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة » . وشرح هذا العضو وجهة نظره قائلا : « ليس صحيحا أن يقال ؟ كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء ، إن البيع يزول ويفسخ ويدع مكانه الشفعة التى تحمل تماما على العقد الأول وتبطله . ذلك أن البيع قد تم صحيحا ولم يكن معلقا على شرط موقف أو شرط فاسخ ، وترتب عليه انتقال الملكية انتقالا صحيحا من يوم تسجيله ، لم أنه أنشأ مركزا قانونيا نهائيا طالما أن حق الشفعة لم يستعمل ، بحيث يملك المشتري كامل الحرية فى التصرف فى العقار ببيع من جديد أو ترتيب حقوق الغير عليه فالمشتري يصبح بدوره مالكا ، وهو الذى ترفع عليه دعوى الشفعة . . والمشتري أيضا أن يرتب الغير حقوقا عينية على العقار الذى اشتراه ، وأن يقبض ريع هذا العقار الذى يباشر عليه . كافة الحقوق التى تملك . لهذا يتعذر أن يلقى مثل هذا المركز القانونى الذى لا يمكن المساس به إلا فى المستقبل فقط ، ابتداء من تاريخ طلب الشفعة بالطريق القانونى وتسجيله . فالبحت ينحصر إذن فى معرفة ما إذا كانت الملكية تنتقل إلى الشفع من يوم طلب الشفعة أو من يوم تسجيل هذا الطلب ، أو تبتقل فقط من يوم قبول المشفوع ضده أو من يوم صدور الحكم بثبوت الحق فى الشفعة . والواقع أننا بصدد مركز جديد غير طبيعى يتعلق بحق اختيارى نتيجة وقائع قانونية مترتبة بين الغير لم يشترك فيها ذلك الشخص الذى قد يستفيد منها ، ولا تتحقق هذه الاستفادة إلا باستعمال هذه الرخصة استعمالا صحيحا ، إذ تتحول الرخصة إلى حق باتفاق ذوى الشأن على الاعتراف بها أو بصدد مرسوم يؤولها . فهذا الاتفاق أو هذا الحكم يجب أن يكون هو الفاصل فى تحديد تاريخ انتقال الحقوق . ولما لم يجدها الرأى استجابة من اللجنة اقترح أحد الأعضاء أن يوضع نص يقتصر على علاج مسألة الثمار ، فوافقت اللجنة بالأغلبية على وضع هذا النص بحيث يقرر أن يملك الشفع الثمار ويلتزم بالفوائد من تاريخ إعلان رغبته فى الشفعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٣ - ص ٤٣٥ فى الهامش)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٤ - ص ٤٣٥ فى الهامش .

أحد الأعضاء في لجنة فرعية نصا بهذا المعنى ، ولكن اللجنة لم تناقشه . ثم أضافت المذكرة الإيضاحية ما يأتي : « والرأى في ذلك أن الشفيع يحل محل المشتري في الصفقة ، فيملك من وقت البيع الأول ويعتبر المشتري كأنه لم يملك أصلا . (فإذا) استولى على ثمار المبيع إلى إعلان الرغبة ، فهو يملك الثمار بالحيازة إذ هو حسن النية إلى هذا الوقت . وما دام قد تملك الثمار ، فلا يتقاضى فائدة على الثمن . ومنذ تعلن الرغبة في الأخذ بالشفعة لا يملك الثمار ، وتكون للشفيع إذ هو المالك . وللمشتري أن يطالب بالفوائد من الوقت الذي لا يملك فيه الثمار » (١) .

ويتبين مما أوردناه من مناقشات اللجنة ومن المذكرة الإيضاحية للمشروع التهيدى أن اللجنة لم تكن في صفت محكمة النقض تقول بأن حكم الشفعة منتهى لحق الشفيع ، وبأن الشفيع يحل محل المشتري من وقت صدور هذا الحكم ، مع أنها هي التي أقرت نص المادة ٩٤٤ مدنى القاضى بأن حكم الشفعة « يعتبر سندا للملكية الشفيع » . ولم يفهم أحد من الأعضاء أن المقصود بالسند هنا هو السبب القانونى المنتهى لحق الشفيع كما ذهب محكمة النقض ، وإلا لما كان هناك محل لأن تتناقش اللجنة طويلا في تحديد الوقت الذى ينشأ فيه حق الشفيع فلا تصل إلى قرار في ذلك ، مع وجود نص صريح أمامها يحدد هذا الوقت بتاريخ صدور حكم الشفعة إن صح تفسير محكمة النقض للمادة ١٨ من قانون الشفعة السابق وللمادة ٩٤٤ من التفتين المدنى الجديد على الوجه الذى ذهب إليه . وإذا كانت اللجنة قد أقرت ، من حيث المبدأ ، أن تكون الثمار للشفيع من وقت إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة ، فإن هذا لا يعنى حتما أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت هذا الإعلان فقط . فإنه يمكن أن يحل الشفيع محل المشتري من وقت البيع ، ومع ذلك لا تكون الثمار له إلا من وقت إعلان المشتري برغبته في الأخذ بالشفعة ، إذ يملك المشتري ، وهو حسن النية قبل إعلانه بهذه الرغبة ، الثمار بالحيازة . بل إن المذكرة الإيضاحية للمشروع التهيدى تضمنت رأيا صريحا في أن الشفيع « يملك من وقت البيع الأول ، ويعتبر المشتري كأنه

لم يملك أصلاً . صحيح ، كما تقول محكمة النقض^(١) ، أن هذا الرأى هو رأى شخصى لواضع المذكرة . ولكن هذا الرأى ، الذى ضمنه المذكرة الإيضاحية التى قمنا بوضعها ، لا يتناقض مع نص المادة ٩٤٤ مدنى على خلاف ما ذهب إلىه محكمة النقض . فكل ما تقوله المادة ٩٤٤ مدنى هو أن حكم الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع ، وليس فى هذا ما يتعارض مع القول بأن الشفيع يحل محل المشتري من وقت البيع . وقد بسطنا تفصيلاً فيما تقدم أن حكم الشفعة ليس منشأ لحق الشفيع بل هو كاشف عنه ، وأن هذا الحكم إذا اعتبر سنداً للملكية الشفيع فإن معنى السند هنا ليس هو السبب القانونى المنشأ ، بل معناه أنه دليل الحق المثبت له أو دليله المكتوب . هذا إلى أن حلول الشفيع محل المشتري من وقت إبرام البيع هو الذى تمليه المبادئ العامة ، ويفرضه التكيف الصحيح لطبيعة الشفعة ، وتنطق به الحلول العملية التى وضعها المشرع .

٢٣٢ - الأهمية العملية لرأى محكمة النقض نظراً بكونه محصورة فى

مسألة الثمار : على أن المشرع فى وضعه لنصوص الشفعة قد تكفل بوضع الحلول العملية للمسائل الخاصة بعلاقة الشفيع بالبائع ، وبعلاقته بالمشتري ، وبعلاقته بالغير ، على الوجه الذى سنسطة فيما يلى . فلم تعد هناك أهمية عملية كبيرة للقول بأن الشفيع يحل محل المشتري من وقت صدور حكم الشفعة أو من وقت البيع . وتكاد تنحصر هذه الأهمية ، بعد الحلول العملية التى وضعها المشرع ، فى مسألة الثمار . وهى المسألة التى كاد المشرع أن يضع لها هى الأخرى نصاً ولكنه لم يتمكن من تحقيق بغيته . وسنرى أن الخلاف إنما يثور فى شأن هذه المسألة . ولم تر محكمة النقض حاجة لتقرير أن حكم الشفعة منشأ إلا فى صدها . أما بقية المسائل فقد وضع المشرع لها ، كما قلنا ، حلولاً مستقرة ثابتة ، ولا يكاد يثور فى شأنها أى خلاف .

ونفصل الآن ما أجهلناه .

(١) أنظر آنفاً ص ٧١٠ هاش ١ .

المطلب الثاني

عمدة الشفع بالبائع والمشتري وبالفير

§ ١ - عمدة الشفع بالبائع

٢٣٣ - نص قانوني : تنص المادة ٩٤٥ مدني على ما يأتي :

- ١ - « يحل الشفع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته » .
- ٢ - « وإنما لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن ، إلا برضاء البائع » .
- ٣ - « وإذا استحق المقار للغير بعد أخذه بالشفعة ، فليس للشفع أن يرجع إلا على البائع » (١) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادة ١٣ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٤٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٤٢ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٣ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠١٩ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٤٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٢ - ص ٤٣٥) .

(٢) قانون الشفعة السابق م ١٣ : يحل الشفع بالنسبة للبائع محل المشفوع منه في كافة ما كان له وعليه من الحقوق ، على أن المشتري إذا استحصل على تأجيل الثمن لا ينتفع الشفع من هذا التأجيل إلا برضاء البائع . وإذا ظهر بعد الأخذ بالشفعة أن المقار المشفوع مستحق للغير ، فليس للشفع أن يرجع إلا على البائع .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٤٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٤٢ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٣ (مدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : يعتبر الشفع أنه قد اشترى من المشتري ، ويكون للشفعة بينهما مقابيل البيع نفسه - ولا يحق للشفع الاستفادة من الأجل المنصوص عليه في العقد لمصلحة المشتري في دفع الثمن ، إلا إذا رأت المحكمة ذلك لفناء الضمانات التي تراها لازمة . وفيما عدا الأجل المنصوص عليه في العقد ، لا يجوز للمحكمة -

ويخلص من هذا النص أنه متى ثبت الشفع حقه في الشفعة ، رضاه أو قفائه ، تحول البيع بين أن يكون بين البائع والمشتري إلى أن يكون بين البائع والشفيع . ويعتبر الشفع هو المشتري منذ البداية ، إذ أنه قد حل محل المشتري في هذا البيع . ويختفى شخص المشتري من الصفقة ، ولا يتوسط بين البائع والشفيع . ولا يعتبر أن هناك بيعاً أولاً انعقد بين البائع والمشتري ، ثم أعقبه بيع ثانٍ انعقد بين المشتري والشفيع ، فباع البائع للمشتري ثم باع المشتري للشفيع ، بل هو بيع واحد انعقد بين البائع والشفيع فقامت بينهما صلة مباشرة ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ويرتب على ما قلناه أن العلاقة ما بين الشفع والبائع محددها عقد البيع وقد أصبح فيه الشفع مشترياً ، ويعمل قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته كما يقول النص (م ١٩٤٥ / ١ مدني) . ومن ثم يلتزم البائع نحو الشفع بجميع التزامات البائع ، كما يلتزم الشفع نحو البائع بجميع التزامات المشتري^(١) .

— أن تمنح الشفع مهلة لدفع . (قانون الملكية المقارنة اللبناني يختلف عن التقنين المصري في أن القانون الأول يجعل الشفع مشترياً من المشتري لا من البائع ، لا مشترياً من البائع رأساً كما هو الأمر في التقنين المصري . ويختلف كذلك في أن المحكمة أن تستقي لمصلحة الشفع الأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن على أن يقدم الشفع ضماناً ، وفي التقنين المصري لا ينتفع الشفع بالأجل إلا برضاء البائع) .

(١) وقد أكدت محكمة النقض هذا المبدأ بالرغم من قضائها بأن حلول الشفع محل المشتري إنما يقع عند صدور حكم الشفعة إذا أن هذا الحكم في رأيها منشئ لا كاشف . فقضت بأن الشفعة في نظر القانون هي تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع ، فتزول صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع ، لتكون صلته في تلك الحقوق بالشفيع . فهي عملية قانونية تدور بين أطراف ثلاثة كل منهم طرف حقيق ضروري فيها ، حتى يمكن قانوناً حصول هذا التحويل الواقع في حقوقهم هم الثلاثة بعضهم على بعض ، ولا يتصور إلا قبل ثلاثتهم جسيماً . فدعوى الشفعة ، والمقصود بها إجراء عملية هذا التحويل قضاء ، يجب بطبيعة الحال أن تكون دائرة بينهم هم الثلاثة كذلك (نقض مدني ١٩ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧١ ص ٥٤٢) . وقضت أيضاً بأنه يترتب على الأخذ بالشفعة تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع ، فتزول صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع ، لتكون صلته في تلك الحقوق بالشفيع (نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٨ ص ٢٤٤) .

والتزامات البائع هي نقل ملكية المبيع ، والتسليم ، وضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية . والتزامات المشتري هي دفع الثمن والفوائد إذا كان لما مقتض ، وتسليم المبيع . فنستعرض هذه المسائل على التعاقب .

٢٣٤ - التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى الشفيع : يصبح البائع مدينا

بنقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع . ولما كانت ملكية العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل ، فإن الشفيع يسجل الحكم الصادر بثبوت حقه في الشفعة على النحو الذي قدمناه^(١) ، فتنقل إليه الملكية رأساً من البائع . ويقوم مكتب الشهر المختص بالتأشير على هامش تسجيل إعلان الرغبة بما يفيد صدور هذا الحكم النهائي . وكذلك يتولى المكتب إجراء التأشير بمنطوق الحكم على هامش تسجيل عقد البيع الذي صدر أولاً من البائع إلى المشتري إذا كان المشتري قد قام بتسجيل هذا العقد^(٢) .

أما إذا تمت الشفعة بالراضى ، وكان عقد البيع الصادر إلى المشتري قد تم تسجيله ، فإنه يكفي في هذه الحالة أن يوقع المشتري إقراراً بتسليمه الشفعة للشفيع . ويكون هذا الإقرار موثقاً أو مصدقاً على التوقيع فيه . وتؤكد مأمورية الشهر من قيام الشفيع بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة ، لتستوثق من أن هذا الإقرار يعتبر استعمالاً لحق الشفعة . وليس ببيع جديد صادر من المشتري إلى الشفيع . ثم يقدم الإقرار إلى مكتب الشهر المختص لتسجيله ، والتأشير بمضمونه على هامش تسجيل عقد البيع وعلى هامش تسجيل إعلان الرغبة . فإذا كان عقد البيع الصادر إلى المشتري لم يسجل . فإن الإقرار في هذه الحالة يجب أن يكون موقعاً من البائع والمشتري والشفيع ، ويكون موثقاً أو مصدقاً على التوقيعات فيه . ويجوز أن يحرر عقد بيع من البائع رأساً للشفيع ، ولكن يجب أن يوقعه معهما المشتري إثباتاً لتسليمه بالشفعة . ويكون عقد البيع موثقاً أو مصدقاً على التوقيعات فيه . ويسجل الإقرار أو عقد البيع ، ويؤشر بمضمونه على هامش تسجيل إعلان الرغبة . على النحو الذي سبق بيانه^(٣) . وإذا وقع

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٣ .

(٢) محمود شوقي في الشهر العقاري علماً وعملاً ص ٢٤٩ .

(٣) أنظر في ذلك محمود شوقي في الشهر العقاري علماً وعملاً ص ٢٥٠ - ص ٢٥١ .

المشتري الإقرار أو عقد البيع ، وأبى بعد ذلك أو أبى البائع القيام بالإجراءات اللازمة للتسجيل كأن امتنع أحدهما عن التصديق على امضاءه ، جاز للشفيع أن يرفع دعوى بصحة الإقرار بالشفعة من جانب المشتري على كل من المشتري والبائع ، فإذا حصل على حكم بذلك سجله فتنقل إليه الملكية (١) .

فإذا سجل الشفيع حكم الشفعة أو الإقرار بها من المشتري على الوجه الذي سبق بيانه ، وانتقلت إليه الملكية ، فإنها تنتقل من وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير . فالملكية إذن لا تنتقل من وقت البيع ، ولا من وقت إعلان الرغبة في الشفعة ، ولا من وقت تسجيل هذا الإعلان ، بل ولا من وقت صدور الحكم النهائي بالشفعة ، وإنما تنتقل من وقت تسجيل هذا الحكم النهائي أو تسجيل الإقرار بالشفعة من المشتري . والوقت الذي يحل فيه الشفيع محل المشتري لا أهمية له في تحديد وقت انتقال الملكية . وسواء حل الشفيع محل المشتري من وقت البيع على الرأي الذي نقول به ، أو من وقت صدور الحكم النهائي بالشفعة على الرأي الذي نقول به بحكمة النقص ، أو من وقت إعلان الرغبة أو من وقت تسجيل هذا الإعلان على ما يقول به آخرون ، فإن الملكية في جميع هذه الآراء لا تنتقل إلا من وقت تسجيل حكم الشفعة أو تسجيل إقرار المشتري بالشفعة وهذا ما تفرضه أحكام التسجيل . أما فيما بين الشفيع وبين البائع والمشتري وهما ليسا من الغير على الرأي الذي نقول به ، فالملكية لا تنتقل أيضا إلى الشفيع إلا بتسجيل حكم الشفعة أو تسجيل إقرار المشتري بالشفعة على ما تذهب إليه محكمة النقص ، ولكنها تنتقل في رأينا من وقت البيع لا من وقت التسجيل .

ومتى انتقلت الملكية إلى الشفيع على النحو الذي قدمناه ، فإنه يجوز له أن يتصرف في العقار المشفوع فيه متى شاء وكيف شاء ، فإنه قد أصبح مالكا

(١) وإذا أنكر البائع والمشتري ، في دعوى الشفعة التي يرفعها الشفيع عليها ، وقوع البيع بينهما حتى يتفاديا أخذ الشفيع بالشفعة ، كان للشفيع أن يثبت هذا البيع بجميع طرق الإثبات ويدخل في ذلك البينة والقرائن ، لأن البيع يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آنفاً ص ٥٠٩ - وقارن محمد على ٢ فقرة ٣١٦ ص ٥٢٥ - ص ٥٣٦ : ويذهب إلى أن الشفيع ، إذا كان عقد البيع لم يسجل ، يطلب الحكم بصحة التعاقد في صحيفة دعوى الشفعة . ونرى أنه لاجابة لتسجيل عقد البيع والتعهد لذلك بطلب الحكم بصحة التعاقد ، فإنه من المائز تسجيل حكم الشفعة أو الإقرار بها من المشتري دون أن يكون عقد البيع مسجلاً كما قدمنا في المتن) .

للعقار وللمالك أن يتصرف في ملكه . ولا يعترض على ذلك بأن الشفع إنما أخذ العقار بالشفعة ليستبقية لا ليتصرف فيه ، وإلا كان مضارباً يستغل حقه في الشفعة للكسب والربح . لا يجوز هذا الاعتراض ، لأن القضاء للشفيع بالشفعة أو تراخيه عليها مع المشتري معناه أنه لم يكن متصفاً في طلبها ولم يقصد الاستغلال ، فإذا ما أصبح مالكا للعقار المشفوع فيه صارت له جميع حقوق المالك ، وأخصها حقه في التصرف في ملكه (١) .

٢٣٥ - التزام البائع بتسليم العقار للمبيع إلى الشفع - نبة الزهرلك

قبل التسليم : والمفروض هنا أن العقار المشفوع فيه لا يزال في يد البائع ، ولم يسلمه للمشتري . فيلزم في هذه الحالة بتسليمه للشفيع ، لأنه هو المشتري بعد أن تمت

(١) وقد قضى بأنه لا يجوز للشفيع أن يتخذ من حقه وسيلة للمضاربة ، ولكن بعد أن يثبت للشفيع الحق بالرضاء أو بالقضاء له أن يتصرف فيه كيف شاء ، لأنه بذلك صار مالكا للشفوع فيه . وله إذن حرية التصرف في العين التي يبيت له ، بل وله الحق أن يبيع فيها ، فله أن يبيع ليكسب ، ولا يتعطل أن يشفع ليحفظ الملك المشفوع فيه لنفسه (بني سويف الكلية ١٦ أبريل سنة ١٩٢٣ المحلقة ٣ رقم ٣٥١ ص ٤٢٠) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٨٥ .

ولكن قبل الحكم بالشفعة ، إذا ثبت أن الشفع قد قصد المضاربة والاتجار ، فتواطأ مع أجنبي على أن يقدم له المال اللازم للأخذ بالشفعة في مقابل أن يشاركه في الصفقة ، فإن هذا التعاقد مع الأجنبي يكون باطلاً لقيامه على سبب غير مشروع (استئناف وطني ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٤ ص ١٧٢) . وقد قضى بأنه يجب رفض طلب الشفعة ، إذا ثبت أن الشفع قد اتفق مع شخص آخر على أن يقدم له الثمن الذي يأخذ به الصفقة بالشفعة في مقابل أن يأخذ هذا الشخص الآخر جزءاً من العقار المشفوع فيه (مخاطبة الكلية ٣٠ أبريل سنة ١٩١٨ المجموعة الرسية ٢٠ رقم ٢٣ ص ٢٧) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن حق الشفع في الأخذ بالشفعة يسقط ، إذا ثبت أنه عندما علم بالشراء أظهر رغبته في عدم الأخذ بالشفعة ، وأنه مازع الدعوى بعد هذا النزاع إلا لفائدة شخص آخر أراد أن يجعله سبيلاً لتلك العقار المشفوع فيه (استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسية ٢٣ رقم ٩٢ ص ١٧٤) . وانظر في هذا المحرر استئناف مخطط ٨ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣١٣ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٣١ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٦ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٦١ . وانظر عكس ذلك وأن الشفعة صحيحة حتى لو ظهر أن الشفع أخذ الثمن من الغير وقاسمه العقار المشفوع فيه : استئناف مخطط ١٢ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٤ - ١٤ يونيو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٣١ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٢ - ٢٣ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٣٧ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٠ .

العقار بالشفعة . وكل ما ذكرناه عند الكلام في عقد البيع ، في شأن التزام البائع بتسليم المبيع ، ينطبق هنا (١) . ونشير بوجه خاص إلى أن البائع يلتزم بتسليم العقار المبيع إلى الشفيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع ، وبالمقدار الذي عين له في العقد ، وبالمحقات التي تتبعه . وملحقات العقار المشفوع فيه هي كل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله ، وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد البائع والمشتري (م ٤٣٢ مدني) . ويكون التسليم بوضع العقار المشفوع فيه تحت تصرف الشفيع بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا ، مادام البائع قد أعلمه بذلك ، ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع (م ١/٤٣٥ مدني) . ويتم التسليم فورا بمجرد ثبوت حق الشفيع في الشفعة ، إلا إذا حدد ميعاد معين في عقد البيع يتم فيه التسليم ، أو كان هناك حرف يقضى بتسليم المبيع في ميعاد معين ، أو اقتضت طبيعة المبيع شيئا من الوقت لتسليمه . ويتم التسليم في المكان الذي يوجد فيه العقار المشفوع فيه ، فعلى الشفيع أن يسعى إلى هذا المكان لتسلم العقار . وإذا تأخر البائع عن التسليم ، كان للشفيع أن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا التأخر .

ولما كان الالتزام بالتسليم متفرعا عن الالتزام بنقل الملكية وهو التزام بتحقيق غاية ، فإن البائع إذا لم يسلم العقار المشفوع فيه للشفيع ، حتى لو كان راجعا إلى سبب أجنبي ، كأن كان العقار بناء فاحترق قضاء وقدر ، فإن البائع يكون مع ذلك لم يحم بالتزامه بالتسليم ، فيصبح مسئولا عن ذلك . ومن ثم تكون تبعة هلاك العقار أو تلفه قبل التسليم على البائع ، لا على الشفيع . وقد ورد نص صريح في هذا المعنى في البيع يجعل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم على البائع لا على المشتري ، فنصت المادة ٤٣٧ مدني على أنه « إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يبد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع » . وتكون تبعة الهلاك قبل التسليم على البائع لا على الشفيع ، حتى لو كان الشفيع قد سجل حكم الشفعة أو إقرار المشتري بها فانتقلت إليه ملكية العقار المشفوع فيه قبل أن يتسلمه من البائع . أما إذا تسلم

(١) أنظر الوسيط : فقرة ٢٩١ وما بعدها .

الشفيع العقار المشفوع فيه ، فإن تبعة الهلاك تكون عليه حتى لو كان لم يسجل حكم الشفعة أو إقرار المشتري بها فلم تنتقل الملكية إليه . ونرى من ذلك أن تبعة الهلاك تنتقل مع انتقال الحيازة لامتداد انتقال الملكية ، فتبعه هلاك العقار المشفوع فيه تكون على البائع قبل التسليم ولو انتقلت الملكية إلى الشفيع ، وتكون على الشفيع بعد التسليم ولو لم تنتقل إليه الملكية . ومعنى أن البائع يتحمل تبعة الهلاك أنه إذا هلك العقار وهو لا يزال في يده لم يسلمه إلى الشفيع ، فإن كان قد قبض الثمن الذى أودعه الشفيع خزانة المحكمة (أو تسلمه من المشتري أو من الشفيع فى حالة الشفعة بالراضى) ، وجب عليه أن يرده للشفيع ، وإن كان لم يقبضه لم تجز له مطالبة الشفيع أو المشتري به . ومعنى أن الشفيع يتحمل تبعة الهلاك أنه إذا هلك العقار بعد أن يكون قد تسلمه ، جاز للبائع أن يقبض الثمن من خزانة المحكمة إذا لم يكن قد قبضه قبل الهلاك ، فإذا كان قد قبضه لم يجز للشفيع أن يطالبه برده . وإذا أعذر البائع الشفيع لتسليم العقار ، فن وقت الإعذار يعتبر العقار فى حكم المسلم للشفيع . فإذا هلك حتى قبل التسليم الفعلى فإن هلاكه يكون على الشفيع لا على البائع . وفى هذا نقول العبارة الأخيرة من المادة ٤٣٧ مدنى كما رأينا : « إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسليم المبيع » ، أى أن الهلاك يكون استثناء على الشفيع إذا وقع بعد إعذاره لتسليم المبيع .

وإذا كان الهلاك جزئيا أو نقصا فى قيمة العقار بسبب تلف أصابه ، فإن التبعة تكون على البائع قبل التسليم ، وعلى الشفيع بعد التسليم . وتنص المادة ٤٣٨ مدنى فى هذا المعنى على أنه « إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وإما أن يبقى البيع بعد إنقاص الثمن » . فتكون تبعة الهلاك الجزئى أو نقص القيمة قبل تسليم العقار على البائع ، للأسباب نفسها التى ذكرناها فى حالة الهلاك الكلى . فالبائع ملزم بتسليم المبيع كاملا دون نقص أو تلف ، وهذا الالتزام متفرع عن الالتزام بنقل الملكية . وهو التزام بتحقيق غاية . فإذا لم يقم به البائع كان مشغولا . حتى لو رجع ذلك إلى قوة قاهرة أو حادث فجائى ، فتكون التبعة عليه هنا كما كانت التبعة عليه فى الهلاك الكلى . وينبئ على ذلك أن الشفيع ، فى حالة الهلاك الجزئى أو نقص القيمة

قبل تسليم العقار إليه ، يكون بالخيار بين الفسخ ^(١) أو إنقاص الثمن بما يتناسب مع ما هلك من العقار أو نقص من قيمته ، دون أن يكون له حق في التعويض لأن الهلاك أو النقص قد حدث بقوة قاهرة أو حادث فجائي . ولكن إذا كان للهلك أو نقص القيمة لم يبلغ من الحسامة قدراً بحيث لو كان قد طرأ قبل العقد لما تم البيع ، لم يكن للشفيع حق الفسخ ، وإنما يكون له حق إنقاص الثمن فقط . وغى عن البيان أن البائع إذا أعذر الشفيع لتسلم المبيع ، فإن الهلاك الجزئي أو نقص القيمة ، إذا طرأ بعد ذلك على العقار قبل أن يتسلمه الشفيع فعلا ، يتحمل الشفيع تبعته كما يتحملها في الهلاك الكلي على ما أسلفنا ^(٢) .

٢٣٦ - التزام البائع بمعاملة التعرض والاستحقاق للشفيع : رأينا ^(٣) أن الفقرة الثالثة من المادة ٩٤٥ مدني تنص صراحة على أنه إذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة ، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع . ورأينا ^(٤) أن هذا النص هو الذي يحمل الدليل القاطع على أن الشفيع يحل محل المشتري منذ إبرام البيع ، وأن شخص المشتري يخفى من الصفقة فتكون الصلة ما بين البائع والشفيع صلة مباشرة . فالبائع إذن يلتزم للشفيع باعتباره مشترياً بضمان التعرض والاستحقاق ، وتسرى هنا أحكام ضمان التعرض والاستحقاق في البيع ، لأن الشفيع قد حل كما قدمنا محل المشتري فيرجع بالضمان على البائع

(١) وإذا فسخ الشفيع ، لم يكن للمشتري الحق في أن يطالب بالعقار المبيع بعد إنقاص الثمن أو حتى بعد دفع الثمن بأكمله ولا بد من عقد جديد بين البائع والمشتري ، يأخذ بموجبه المشتري المقار بالثمن الذي يتفق عليه مع البائع (أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٠٤) .

(٢) أنظر في كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣١٤ - فقرة ٣٢٤ - وأنظر على زكي العرابي فقرة ١٢٣ - فقرة ١٢٤ - عبد السلام ذهني في الأموال فقرة ٥٢٤ . وقارن محمد على عروة ٢ فقرة ٣٢٠ (ويذهب إلى وجوب تطبيق أحكام الفقه الإسلامي في حالة الهلاك . ولا نرى وجهاً لهذا القول بعد أن نص القانون صراحة على أن الشفيع يحل محل المشتري في حقوقه والتزاماته ، والمقصود طبعاً بالحقوق والالتزامات تلك التي قررها القانون - لا الفقه الإسلامي - بالنسبة إلى المشتري ، ويدخل في ذلك تحمل تبعة الهلاك . فيجب إذن تطبيق أحكام التقنين المدفوع ، لا أحكام الفقه الإسلامي ، في تعيين من يتحمل تبعه هلاك المقار المشفوع فيه)

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٣ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٢١ .

كما يرجع المشتري^(١) . فيرجع الشفيع إذن على البائع بضمان التعرض الصادر من البائع نفسه ، وكذلك بضمان التعرض الصادر من الغير ويدخل في ذلك ضمان الاستحقاق . وتنص المادة ٤٣٩ مدني في هذا المعنى على أن « يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه ، سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع ينتج به على المشتري . ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع ، إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه » .

ففيما يتعلق بضمان البائع لتعرضه هو ، يتحقق هذا الضمان إذا صدر من البائع عمل من شأنه أن يحول كلياً أو جزئياً دون انتفاع الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه . ويستوى في ذلك أن يكون التعرض مبنيًا على سبب مادي (trouble de fait) ، أو أن يكون مبنيًا على سبب قانوني (trouble de droit) . فالتعرض المبني على سبب مادي إما أن يقوم على أعمال مادية محضة ، أو أن يقوم على تصرفات قانونية . فالتعرض الذي يقوم على أعمال مادية مثله أن يكون البائع قد باع قطعة أرض حدها بميدان مملوك له ، وأخذ الأرض شفيع بالشفعة ، فلا يجوز للبائع أن يلغى الميدان ويقسمه أجزاء لبيعه لأن في ذلك حرمان الشفيع من الانتفاع بمنظر الميدان ، ويكون البائع في هذه الحالة ملزماً بضمان التعرض المبني على عمل مادي صادر منه هو^(٢) . والتعرض الذي يقوم على تصرفات قانونية مثله أن يرهن البائع العقار بعد بيعه ، ويقيد الدائن المرتهن رهنه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، فيسرى الرهن في حق الشفيع . فهنا يقع تعرض من جانب الدائن المرتهن وهو تعرض صادر من الغير ، وهو في الوقت ذاته تعرض صادر من البائع نفسه لأن الدائن المرتهن في تعرضه قد

(١) نفّض مدني ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النفّض ٩ رقم ١٠٢ ص ٧٧٦ - وحتى لو كان المشتري هو الذي قبض الثمن من الشفيع ، فإنه لا شأن له بضمان الاستحقاق ، فلا يرجع الشفيع عليه ثم يرجع هو (أي المشتري) على البائع . بل يرجع الشفيع رأساً على البائع ، لأن الشفيع قد حل محل المشتري في البيع منذ إبرامه ، وهو بيع واحد اعتبر بعد الأخذ بالشفعة صادراً مباشرة منذ البداية من البائع إلى الشفيع ، لا بيع صادر من البائع إلى المشتري ثم بيع تال صادر من المشتري إلى الشفيع . أنظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣١٧ ص ٥٣٧ .

(٢) أنظر بالنسبة إلى المشتري استئناف وطني ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ص ٢٥٠ .

استمد حقه من البائع ، وتعرض البائع في هذه الحالة يقوم على تصرف قانوني لاعلى عمل مادي . يبقى تعرض البائع المبني على سبب قانوني ، ويتحقق إذا ادعى البائع حقا على العقار المشفوع فيه في مواجهة الشفيع ، سواء كان الحق المدعى به سابقا على البيع أولا حقا له . مثل الحق السابق على البيع أن يكون البائع قد أفرز عقارا بموجب قسمة قابلة للإبطال ، ثم باع العقار فأخذه شفيع بالشفعة ، فلا يجوز للبائع أن يطالب بإبطال القسمة لئلا يطل البيع فتبطل الشفعة ، فيكون هذا تعرضا من البائع للشفيع مبني على سبب قانوني سابق على البيع . ومثل الحق اللاحق للبيع أن يبيع شخص عقارا غير مملوك له فيأخذ شفيع بالشفعة ، ثم يصبح البائع مالكا للعقار بالإرث أو بالشراء مثلا ، فيحتج على الشفيع بهذا الملك الحادث بعد البيع ، فعند ذلك يجوز للشفيع أن يدفع دعوى البائع بالتزامه بضمان التعرض الصادر منه هو بسبب قانوني لاحق للبيع . وقد لجأ القانون في هذه الحالة إلى طريق أقصر ، إذ جعل الملكية في مثل هذا البيع : وهو بيع ملك الغير : تنتقل إلى المشتري أي إلى الشفيع إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور البيع (م ٢/٤٦٧ مدني) . والتزام البائع بعدم التعرض للشفيع التزام دائم ، فيجب على البائع أن يمتنع عن التعرض للشفيع في أي وقت بعد البيع ، ولو كان قد انقضى على البيع أكثر من خمس عشرة سنة وهي مدة التقادم . فإذا أحل البائع بالتزامه بأن تعرض فعلا للشفيع ، تولد عن الالتزام الأصلي بعدم التعرض التزام جزائي بالتعويض . وهذا الالتزام الجزائي هو الذي يسقط بالتقادم ، فإذا لم يطالب به الشفيع في خلال خمس عشرة سنة من وقت وقوع التعرض فعلا سقط بالتقادم . وتختلف طريقة تنفيذ هذا الالتزام الجزائي باختلاف الأحوال التي يقوم فيها ضمان التعرض . فإذا كان تعرض البائع للشفيع قائما على أعمال مادية محضة ، كإلغاء البائع للميدان الذي يطل عليه العقار المشفوع فيه ، وجب على البائع تعويض المشتري عما أصابه من الضرر ، وجاز في الوقت ذاته أن يطلب الشفيع التنفيذ العيني لالتزام البائع فيجبره على إعادة الميدان إلى ما كان عليه . وإذا كان تعرض البائع قائما على تصرف قانوني صادر منه هو ، كرهنه العقار المشفوع فيه وقيد هذا الرهن قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة ، فلا مناص من سريان الرهن

في حق الشفيع ، ويرجع الشفيع في هذه الحالة بالتعويض على البائع . إما بموجب استحقاق الغير للعقار استحقاقا جزئيا كما سيأتي ، أو بموجب ضمان البائع للتعرض الصادر منه هو لأن الدائن المرتهن استمد حقه من البائع نفسه . وإذا كان تعرض البائع مبنيًا على سبب قانوني بأن ادعى حقا على المبيع سابقا على البيع أولا حقا له ، فالجزء هنا يتخذ صورة خاصة هي أن ترد دعوى البائع بهذا الحق ، فاذا ادعى الملكية وأراد الاسترداد لم يستطع أن يسترد ، لأن من وجب عليه الضمان لم يجز له الاسترداد . وقد يكون هناك اتفاق بين البائع والمشتري على تعديل أحكام التعرض الصادر من البائع ، إما بزيادة الضمان أو بانقاصه أو باسقاطه ، فيسري هذا الاتفاق على الشفيع لأنه حل محل المشتري . والاتفاق على زيادة الضمان أو على إنقاصه جائز ، فيزيد الضمان أو ينقص تبعًا لذلك بالنسبة إلى الشفيع . أما الاتفاق على إسقاط الضمان فغير جائز ، وقد نصت المادة ١/٤٤٦ مدني على أنه « إذا اتفق على عدم الضمان ، بقي البائع مع ذلك مسئولًا عن أي استحقاق ينشأ عن فعله هو . ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك » . فاذا كان البائع لا يستطيع أن يحتج على المشتري بالاتفاق على إسقاط الضمان ، فإنه لا يستطيع كذلك الاحتجاج بهذا الاتفاق على الشفيع^(١) . وفيما يتعلق بضمان البائع للتعرض الصادر من الغير ، يجب التمييز بين التعرض المبني على سبب مادي والتعرض المبني على سبب قانوني . وقد رأينا في التعرض الصادر من البائع أنه يستوى أن يكون التعرض مبنيًا على سبب قانوني أو مبنيًا على سبب مادي ، أما في التعرض الصادر من الغير فيجب أن يكون هذا التعرض مبنيًا على سبب قانوني . فالتعرض المبني على سبب مادي الصادر من الغير لا يضمنه البائع ، وما دام الغير لا يدعي أن له حقا على المبيع فالشفيع وشأنه مع المتعرض يدفع تعرضه بالوسائل التي أعطاها إياه القانون . فاذا ادعى الغير حقا على العقار المشفوع فيه ، فهذا هو التعرض المبني على سبب قانوني ويلتزم البائع بضمانه . ويشترط أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقا على البيع ، أو يكون تاليا له ولكنه مستمد من البائع . فاذا كان الحق تاليا للبيع وغير مستمد من البائع لم يلتزم البائع بالضمان . ومثل الحق السابق على البيع أن

(١) أنظر في كل ذلك الوسيط ٤ ققرة ٢٢٨ - ققرة ٢٣٦ :

يكون البائع قد باع عقارا في حيازة الغير ، فأخذه شفيح بالشفعة ، ثم تبين أن الحائز للعقار قد ملكه قبل البيع بالتقادم الطويل أو التقادم القصير . فهنا يدعى الحائز حقا على العقار سابقا على البيع ، وهو حق الملكية الذي كسبه بالتقادم . فيكون البائع ضامنا للشفيح هذا التعرض . ومثل الحق التالي للبيع وهو مستمد من البائع أن يكون البائع قد باع عقارا فأخذه شفيح بالشفعة ، وبعد البيع رتب البائع على العقار رهنا قيده صاحبه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة . فهنا يدعى الدائن المرتهن حقا على العقار لا حقا للبيع ولكنه مستمد من البائع ، وهو حق الرهن الذي قيده قبل تسجيل إعلان الرغبة ، فيكون البائع ضامنا أيضا هذا التعرض للشفيح . ومتى قام ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير على النحو المتقدم : فإن البائع يجب عليه أن ينفذ التزامه بالضمان تنفيذا عينيا ، بأن يجعل الغير الذي تعرض للشفيح يكف عن تعرضه وينزل عن ادعائه^(١) . فإذا عجز عن التنفيذ العيني ، بأن فاز الغير بأثبات ما يدعيه وقضى له بالحق المدعى به ، فقد وجب على البائع أن ينفذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض ، فيعرض الشفيح عما أصابه من الضرر بسبب استحقاق المشفوع فيه وهذا هو ضمان الاستحقاق . وهو إما أن يكون ضمانا عن استحقاق كلي ، أو ضمانا عن استحقاق جزئي . ففي الضمان عن الاستحقاق الكلي ، نصت المادة ٤٤٣ مدني على أنه « إذا استحق كل المبيع ، كان للمشتري (وهنا المشتري هو الشفيح) أن يطلب من البائع : ١ - قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت . ٢ - قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع . ٣ - المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع مئىء النية . ٤ - جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق . عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقا للمادة ٤٤٠ . ٥ - ويوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع . كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبني على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله » (٢) .

(١) أنظر في تنفيذ الضمان تنفيذاً عينياً بطريق تدخل البائع ما سبق بيانه في هذا الشأن عند الكلام في البيع (الوسيط) ٤ فقرة ٣٤٧ - فقرة ٣٤٠ .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٥٢ .

وفى الضمان عن الاستحقاق الجزئى ، نصت المادة ٤٤٤ مدنى على أنه « إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلا بتكليف ، وكانت خسارة المشتري (الشفيع) قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المينة فى المادة السابقة ، على أن يرد له المبيع وما أفاده منه . ٢ - فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التى لحقت لم تبلغ القدر المين فى الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق » (١) . وقد يتوق الشفيع استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مقابل للمستحق ، وفى هذه الحالة تنص المادة ٤٤٢ مدنى على أنه « إذا توفى المشتري (الشفيع) استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من التقود أو بأداء شيء آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداء مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات » (٢) . وقد يكون هناك اتفاق بين البائع والمشتري على تعديل أحكام التعرض الصادر من الغير ، إما بزيادة الضمان أو بانقاصه أو بإسقاطه ، فيسرى هذا الاتفاق على الشفيع لأنه حل محل المشتري . على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي ، وعلى ذلك يقع هذا الشرط باطلا أيضا بالنسبة إلى الشفيع . وكذلك إذا اتفق على إسقاط الضمان دون أن يعتمد البائع إخفاء حق الأجنبي ، كان مع ذلك مسئولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق أو أنه اشترى ساقط الخيار . فتسرى هذه الأحكام أيضا على الشفيع وقد حل محل المشتري ، ويعتد فى العلم بسبب الاستحقاق وفى الشراء مع سقوط الخيار بالمشتري لا بالشفيع . وفى هذا كله تنص المادة ٤٤٥ مدنى على أنه « ١ - يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق ، أو أن ينقصا منه ، أو أن يسقطا هذا الضمان . ٢ - ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم

(١) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٥٢ - وإذا رد الشفيع المقار البائع بموجب هذه الأحكام ، لم يجز للمشتري أن يأخذ المقار المشفوع فيه بموجب عقد البيع الأصل وإذا أراد أخذه ، كان ذلك بمقد جديد يبرمه مع البائع ، كما هو الأمر فى الهلاك الجزئى إذا رد الشفيع المقار البائع (أنظر آنفا ص ٧٤ هاش ١) .

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٥٤ .

الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري .
 ٣ - ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه ، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي . وتنص المادة ٢/٤٤٦ مدنى على ما يأتى : « أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير ، فإن البائع يكون مسئولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو أنه اشترى منقطع الخيار (١) » .

٢٣٧ - التزام البائع : ضمان العيوب الخفية للشفيع : ويلتزم البائع أخيراً - مباشرة نحو الشفيع وحده - بضمان العيوب الخفية في العقار المشفوع فيه . ورجوع الشفيع المباشر على البائع وحده بضمان العيوب الخفية ، كرجوعه المباشر على البائع وحده بضمان التعرض والاستحقاق ، دليل قاطع على أن الشفيع قد حل محل المشتري من وقت البيع . وقد نصت المادة ٤٤٧ مدنى فى خصوص ضمان العيوب الخفية على أن « ١ - يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل للمشتري (وقد حل محله الشفيع) وجودها فيه ، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين فى العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذى أعد له ، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده .
 ٢ - ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التى كان المشتري يعرفها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى ، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه » . فالعيب فى العقار المشفوع فيه ، حتى يوجب الضمان ، يجب أن يكون مؤثراً ، وأن يكون قديماً أى موجوداً فى العقار قبل تسليمه للمشتري أو للشفيع ، وأن يكون خفياً فإذا كان ظاهراً وقت أن تسلم العقار المشتري أو الشفيع ورضى به هذا أو ذاك لم يضمنه البائع (٢) . وأن يكون غير معلوم للمشتري . وقت أن تسلم العقار فإذا كان

(١) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٥٥ - فقرة ٣٥٩ - وانظر فى تفصيل ضمان البائع لتعرض الصادر من الغير الوسيط ٤ فقرة ٢٣٧ - فقرة ٣٥٩ - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٩٧ ص ٤٨٩ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢١٧ ص ٥٣٨ .
 (٢) فإذا لم يكن ظاهراً ، ولكن البائع أثبت أن المشتري - لا الشفيع - كان يستطيع أن يتبين العيب بنفسه لو أنه فحص العقار بعناية الرجل العادى ، فلا ضمان على البائع . ومع ذلك -

الشفيع هو الذى تسلمه مباشرة من البائع وجب أن يكون العيب غير معلوم له^(١). فإذا وجد بالعقار عيب توافرت فيه الشروط المتقدمة ، وجب على الشفيع المبادرة إلى إخطار البائع به ، فإذا ما أخطره ، كان له أن يرجع عليه بالضمان . ويجب التمييز هنا بين ما إذا كان العيب جسيماً بحيث لو أن المشتري كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على الشراء ، وبين ما إذا كان العيب لم يبلغ من الحسامة هذا الحد . فى الحالة الأولى يكون الشفيع مخيراً بين رد العقار المشفوع فيه وما أناده منه إلى البائع والمطالبة بالمبالغ التى كان يطالب بها فى حالة الاستحقاق الكلى^(٢) ، وبين استبقاء العقار مع المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب . وفى الحالة الثانية لا يكون للشفيع إلا أن يطالب البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب^(٣) .

وتسقط بالتقادم دعوى ضمان العيوب الخفية إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع إلى المشتري ، فإذا لم يسلم إلى المشتري فن وقت تسليمه رأساً إلى الشفيع . وقد نصت المادة ٤٥٢ مدنى فى هذا الصدد على أن ١ - تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطول . ٢ - على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم ، إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه^(٤) .

— يجب الضمان على البائع فى هذه الحالة إذا أثبت الشفيع أحد أمرين إما أن يكون البائع قد أكد للمشتري خلو العقار من العيب المعلن الذى وجد به بعد ذلك ويستطيع الشفيع أن يثبت هذا التأكيد من البائع للمشتري بجميع طرق الإثبات ، أو أن البائع قد تعمد إخفاء هذا العيب عن المشتري غشاً منه والشفيع أن يثبت ذلك أيضاً بجميع طرق الإثبات .

(١) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٦٥ - فقرة ٣٦٨ .

(٢) ولا يجوز للمشتري أن يأخذ العقار المشفوع فيه فى هذا الفرض بموجب عقد البيع الأصل ، فإذا أراد أخذه لم يجز له ذلك إلا بعقد جديد يبرمه مع البائع ، كما هو الأمر فى الملاك الجزئى وفى الاستحقاق الجزئى إذا رد الشفيع العقار البائع (أنظر آفغأص ٧٥٥ هاش ١ وص ٧٥٠ هاش ١) .

(٣) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٧٢ - فقرة ٣٧٤ .

(٤) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٧٧ .

وقد يكون هناك اتفاق بين البائع والمشتري على تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية، إما بزيادة الضمان أو بإقصائه أو بإسقاطه، فيسرى هذا الاتفاق على الشفيع لأنه حل محل المشتري. على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في العقار المشفوع فيه غشا منه، وعلى ذلك يقع هذا الشرط باطلا أيضا بالنسبة إلى الشفيع. وتنص المادة ٤٥٣ مدني في هذا الصدد على أنه «يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيذا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشا منه» (١).

٣٨٢ - التزام الشفيع برفع الثمن للبائع - الثمن المترجل - الفوائد :

والمفروض هنا أن البائع لم يقبض الثمن من المشتري، فإذا ما أخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بالشفعة، أصبح ملتزما بدفع الثمن للبائع. وغنى عن البيان أن مقدار الثمن يكون قد تعين إما في الحكم القاضي بالشفعة (٢)، أو بالتراضي بين جميع الأطراف إذا أخذت الشفعة بالتراضي في الحالة الأولى، - حالة الحكم بالشفعة، يكون الشفيع قد أودع الثمن خزنة المحكمة (٣)، فما على البائع إلا أن يسحب من خزنة المحكمة ما أودعه الشفيع، ويكون الشفيع قد وفى على هذا النحو بالتزامه بدفع الثمن (٤). وقد يكون ما أودعه الشفيع أكثر من

(١) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٧٨ - فقرة ٣٧٩ - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٠٦.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١٢.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٩ وما بعدها.

(٤) ولم يكن الشفيع ملتزماً، بحسب قانون الشفعة السابق، بإيداع الثمن خزنة المحكمة فكان البائع يستطيع التنفيذ بالثمن على أموال الشفيع بموجب الحكم القاضي بالشفعة، ولم يكن في حاجة إلى رفع دعوى جديدة بالثمن. وقد قضى، في عهد قانون الشفعة السابق، بأن الحكم الذي يقضى بالشفعة يقضي في الوقت نفسه بدفع الثمن، فليس المشتري في حاجة إلى قضاء جديد يلزم الشفيع بدفع ثمن هذه الصفقة، وإنما إذا تعلل الشفيع في حبس الثمن بوجود دين على الثمن تعين صدور حكم باستمرار التنفيذ (استئناف مصر ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٠ ص ٩٨٣). فلا محل إذن لتكليف المشتري رفع دعوى جديدة بالثمن لأن الثمن مقضى به في حكم الشفعة، وقد أصبح مقدراً غير متنازع فيه، بل إن رفع دعوى جديدة في شأنه تكون غير مقبولة لسبق الفصل فيها (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٨٨ ص ٤٨٠).

الثمن الحقيقي ، بأن يكون قد أودع الثمن المذكور في العقد ثم أثبت في دعوى الشفعة أن ما ذكر في العقد أكثر من الثمن الحقيقي ، فن حقه أن يسحب من خزانة المحكمة الفرق بين ما أودعه وبين الثمن الحقيقي . بل له أن يتقاضى تعويضاً من البائع والمشتري متضامين على أساس المسؤولية التقصيرية لأنهما تواطأ معا على ذكر ثمن في العقد أكبر من الثمن الحقيقي ، فيحكم له بالفوائد القانونية للزيادة التي أودعها من وقت الإبداع إلى وقت سحبها من خزانة المحكمة . ويحدث أن يودع الشفع الثمن المذكور في العقد ، ثم يثبت المشتري أو البائع أنه أقل من الثمن الحقيقي ^(١) ، وعند ذلك يكون الشفع ملتزماً بدفع الباقي من الثمن للبائع . أما في الحالة الثانية ، حالة التراضي على الشفعة ، فإن الشفع يكون ملتزماً بدفع كل الثمن المتفق عليه للبائع ، لأنه لا يكون قد أودع شيئاً من الثمن خزانة المحكمة .

وأياً كان المبلغ الذي يلتزم الشفع بدفعه للبائع ، كل الثمن أو الباقي منه ، فإنه يلتزم بدفعه فوراً . وهذا حتى لو كان البائع قد اتفق مع المشتري في الأصل على تأجيل الثمن ، فليس للشفع أن ينفع بالأجل الممنوح للمشتري . وقد رأينا ^(٢) أن الفقرة الثانية من المادة ٩٤٥ مدني تنص في هذا الصدد على ما يأتي : « وإنما لا يحق له (للشفع) الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن ، إلا برضاء البائع » . والسبب في ذلك واضح ، فإن البائع قد يضع في المشتري ثقة لا يضعها في الشفع فيقبل أن يؤجل الثمن للأول دون الثاني ، وقد تربطه بالمشتري دون الشفع من الصلات ما يدفعه إلى تأجيل الثمن للمشتري . فتأجيل الثمن أمر منظور فيه لاعتبارات تتعلق بشخص المشتري ، فلا تتعدى هذه الاعتبارات إلى شخص الشفع . ومع ذلك قد يرضى البائع ، كما يقول النص سالف الذكر ، بتأجيل الثمن للشفع أيضاً لأسباب يراها مبررة لذلك ، فيتأجل الثمن على الشفع على النحو الذي رضى به البائع ^(٣) . ورضاء البائع بتأجيل

(١) انظر آنفاً فقرة ٢١٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٣٣ .

(٣) نقض مدني ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٥ ص ٩ - استئناف مصر

١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ الحامدة ١٠ رقم ٢١٢ ص ٤٣٢ - استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٢١

التمن للشفيع إنما يأتي بعد الأخذ بالشفعة ، أما في أثناء إجراءات دعوى الشفعة فيجب على الشفيع أن يودع كل التمن خزانة المحكمة حتى لو كان البائع راضيا بتأجيل التمن وقد سبق بيان ذلك (١) . فإذا ما ثبت حق الشفيع في الشفعة ، ورضى البائع بتأجيل التمن أو تقسيطه ، استطاع الشفيع أن يسحب التمن كله أو بعضه من خزانة المحكمة باذن من البائع ، وعليه بعد ذلك أن يسدده للبائع في الأجل المتفق عليه أو بالأقساط المتفق عليها (٢) . هذا إذا أخذ الشفيع الشفعة قضاء ، فان أخذها بالترضي فان التمن يكون مؤجلا أو مقسطا تبعا لما يتم الاتفاق عليه بينه وبين البائع .

وفي المدة التي يودع فيها التمن خزانة المحكمة ، من وقت الإيداع إلى وقت صدور الحكم بالشفعة وتمكن البائع من سحب التمن ، لا يلتزم الشفيع بدفع فوائد عن التمن ، لأن تعطيل التمن لم يكن بخطأه فقد أودعه خزانة المحكمة وكان على البائع والمشتري أن يسلما له بالشفعة فيقبض البائع التمن فوراً (٣) . وإذا كان المشتري دون البائع هو الذي لم يسلم بالشفعة ، كان رجوع البائع بالفوائد مدة تعطيل التمن في خزانة المحكمة على المشتري لا على الشفيع . فإذا ثبت حق الشفيع في الشفعة ، بالتقاضي أو بالترضي ، وبقي التمن أو بعضه في ذمة الشفيع للبائع لسبب من الأسباب التي تقدم ذكرها ، فان استحقاق البائع للفوائد تسرى في شأنه القواعد العامة . وتنص المادة ٤٥٨ مدني في هذا الصدد على أنه

« ١ - لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن التمن ، إلا إذا أعثر المشتري (وقد حل محله الشفيع) أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره . ٢ - وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره » .

ويخلص من هذا النص أنه إذا كان الشفيع لم يدفع التمن إلى البائع ، سواء كان التمن حالاً واجب الأداء فوراً أو كان مقسطاً أو كان مؤجلاً إلى وقت معين ،

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢١٣ .

(٢) أنظر آنفاً ص ٦٦٤ .

(٣) استئناف مخطط ٢٥ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢٥ .

فإن الشفع لا يكون مسئولاً عن فوائد هذا الثمن إلا في حالات ثلاث : (١) إذا وجد اتفاق بين البائع والشفيع ، عند تأجيل الثمن مثلاً أو تقسيطه ، على أن الشفع يدفع فوائد عن الثمن المستحق في ذمته . وتكون الفوائد في هذه الحالة فوائد اتفاقية لا يجوز أن تزيد على ٧٪ ، والاتفاق هو الذي يحدد من أي وقت تسرى الفوائد المتفق عليها (١) . (٢) فإذا لم يوجد اتفاق على الفوائد ، كانت الفوائد مستحقة من وقت تسلم الشفع للعقار المشفوع فيه إذا كان هذا العقار قابلاً لأن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، والفوائد المستحقة في هذه الحالة هي الفوائد القانونية . (٣) فإذا لم يتسلم الشفع العقار المشفوع فيه أو تسلمه ولم يكن قابلاً لأن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، ولم يكن هناك اتفاق على دفع فوائد ، فإن الفوائد لا تستحق على الثمن إلا إذا كان الثمن مستحق الوفاء وأعذر البائع الشفع أن يدفعه ، فمن وقت الإعذار إلى وقت الدفع تجب الفوائد القانونية (٢) . وجزء إخلال الشفع بالتزامه من دفع الثمن والفوائد تسرى في شأنه القواعد العامة ، فللبائع حق الفسخ (٣) ، كما له أن يجبر العقار

(١) ويطلب أن يتفق البائع مع الشفع على دفع فوائد إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً ، وعلى أن تسرى الفوائد من وقت البيع إلى وقت الوفاء بالثمن أو بكل قسط من أقساطه . ولكن لا يوجد ما يمنع البائع ، في الشفعة بالتراضي مثلاً ، من أن يشترط على الشفع دفع فوائد اتفاقية حتى لو كان الثمن حالاً واجب الدفع فوراً ، فيكون على الشفع أن يدفع الثمن فوراً فلا تجب عليه فوائد ، فإن تأخر في الدفع كان للبائع أن يتقاضى منه الثمن بالطرق القانونية مع الفوائد المتفق عليها إلى يوم دفع الثمن .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٩٤ .

(٣) وإذا فسخ البائع لم يجوز للشعري أن يأخذ العقار المشفوع فيه بموجب عقد البيع الأصل ، فإن أراد أخذه لم يجز له ذلك إلا بعقد جديد يبرمه مع البائع ، كما هو الأمر في الملاك الجزئي والاستحقاق الجزئي والعيوب الخفية إذا رد الشفع العقار للبائع (أنظر آنفاً ص ٧٤٥ هامش ١ وص ٧٥٠ هامش ١ وص ٧٥٢ هامش ٢) .

وإذا رفع البائع دعوى الفسخ ، كان للشفيع ، طبقاً للقواعد العامة ، أن يتوق الفسخ بدفع الثمن إلى وقت صدور الحكم النهائي في دعوى الفسخ . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن الحكم النهائي القاضي بالشفعة يعتبر سداً للملكية المحكوم له لعين المشفوع فيها مقابل قيامه بدفع الثمن المبين في الحكم . فإذا كان هذا الحكم لم يحدد ميعاداً لدفع الثمن ، ورفضت على المحكوم له بالشفعة دعوى يطلب سقوط حكم الشفعة لتخلفه عن دفع الثمن ، فإن هذه الدعوى هي ، حقيقتها بمثابة طلب فسخ سند التملك . والمحكوم له بالشفعة أن يتوق الفسخ بدفع الثمن =

في يده حتى يستوفي الثمن والفوائد ، وله حق امتياز البائع على هذا العقار (١) وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ مدني تقضي بأن للمشتري ثمر المبيع ونماءه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليفه من هذا الوقت أيضا . واستحقاق المشتري ، وقد حل محله الشفيع ، للثمرات والنماء لا يرجع إلى أن هذه تعتبر من ملحقات المبيع فتسلم إليه مع المبيع ، بل يرجع إلى أن المشتري قد أصبح مالكاً للمبيع وباعتباره مالكاً يملك ثمر ملكه ونماءه ويكون عليه تكاليفه (٢) . ويترتب على ذلك أن الشفيع ، بعد أن حل محل المشتري ، لا يملك ثمار العقار المشفوع فيه إلا من وقت أن تنتقل إليه ملكية هذا العقار ، وذلك سواء كان العقار لا يزال في يد البائع وهو الذي يستولى على ثماره ، أو سلم إلى المشتري فأصبح هو الذي يقبض هذه الثمار . وهنا تظهر الأهمية العملية في تحديد الوقت الذي تنتقل فيه ملكية العقار إلى الشفيع ، فان الشفيع يملك الثمار من هذا الوقت (٣) . وقد رأينا أن لحكمة النقص في هذه المسألة قضاء مستقرا ، يطبق عادة عند تسليم العقار المشفوع فيه للمشتري فقبض هذا ثماره ويطالبه الشفيع بردها ، فرجى بحث المسألة إلى حين الكلام في علاقة الشفيع بالمشتري (٤) . أما هنا فنقتصر على تملك الشفيع للثمار ، إذا كان العقار لا يزال في يد البائع ولم يتسلمه المشتري . ففي هذه الحالة ، وقد حل الشفيع محل المشتري ، فإنه يملك الثمار وهي في يد البائع من الوقت الذي كان المشتري يملكها فيه . ونقضي المادة ٤٥٨ / ٢ مدني كما رأينا بأن للمشتري ثمر المبيع ونماءه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا . فيتملك الشفيع ، وقد حل محل المشتري كما قدمنا ، الثمار وهي في يد البائع من وقت تمام البيع ، فله

— المحدد في حكم الشفعة إلى وقت صدور الحكم النهائي في هذه الدعوى (نقض مدني ٣ ديسمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٦٥ ص ١١٣٤) . وانظر أيضاً استئناف وطني ٢٢ يناير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٧ ص ٨٩ .

(١) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٤٠١ - فقرة ٤١٥ .

(٢) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٣٩ وفقرة ٢٨٣ وفقرة ٣٩٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٢ .

(٤) أنظر مايل فقرة ٢٤٥ .

أن يطالب البائع بها . وعليه أن يرد للبائع ، من ذلك الوقت أيضا ، التكاليف كالضرائب ونفقات حفظ العقار وصيانه ونفقات الاستغلال ومصروفات تحصيل الثمرة ونحو ذلك (١) .

٢٣٩ - التزام الشفيع بتسلم العقار المشفوع فيه : يلتزم الشفيع بتسلم العقار المشفوع فيه ، بتسلمه من البائع إذا كان لا يزال في يده ، أو يتسلمه من المشتري إذا كان هذا قد تسلمه . وقد نصت المادة ٤٦٣ مدني ، في صدد تسلم المشتري (وقد حل محله الشفيع) للمبيع ، على أنه « إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه وقت البيع ، وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن » . ونصت المادة ٤٦٤ على أن « نفقات تسلم المبيع على المشتري ، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك » . والتسلم ، في أغلب صوره ، هو العملية المتممة للتسليم . فالبايع يلتزم بتسليم المبيع ، والشفيع يلتزم بتسلمه بأن يستولى عليه فعلا . وقد قضى بأنه لا يجوز للشفيع ، بعد القضاء له بالشفعة ، أن يرفض تسلم العقار المشفوع فيه ودفع الثمن ، بحجة أن الحكم صدر لمصلحته وأنه متنازل عنه ، وذلك لأن الحكم قد خول حقا للمشتري أو البائع ، وهو قبض الثمن (٢) .

ونفقات تسليم المبيع تكون على البائع ، أما نفقات تسامه فتكون على المشتري وقد حل محله الشفيع (٣) .

(١) أنظر في ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٩٣ .

(٢) استئناف وطني ١٤ مايو سنة ١٩٠٨ لإستقلال ٦ ص ٢٩٢ - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٩٤ - وقارن استئناف وطني ١٧ مايو سنة ١٩٠٤ لإستقلال ٣ ص ٢٦٤ - وقضى أيضاً بأنه ليس للشفيع أن يرغم المشتري على انتظاره حتى يختار هو الوقت المناسب له لتسلم العين ودفع الثمن (مصر الكلية ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الحاماة ٨ رقم ٢٦٥ ص ٣٧٦) - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٨٨ ص ٤٨٠ .

(٣) أنظر في تفصيل الالتزام بتسلم البيع الوسيط ٤ فقرة ٤٢١ - فقرة ٤٢٥ - وقد يوجب عقد البيع على المشتري التزامات خاصة ، فيلتزم بها الشفيع لأنه حل محل المشتري . وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأن الشفيع يلتزم بالشرط الوارد في عقد البيع ، والذي يلزم المشتري ببناء منزل للسكنى في الأرض المبيعة في خلال عام من وقت البيع ، وإلا فسخّ البيع (استئناف مخطط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٦) .

§ ٢ - معرفة الشئع بالمشتري

٢٤٠ - نص قانوني : تنص المادة ٩٤٦ مدني على ما يأتي :

- ١ - « إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل إعلان الرغبة في الشفعة ، كان الشفع مازماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبالغ الذي أنفقه أو مقدار مازاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس » .
 - ٢ - « وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة ، كان للشفيع أن يطالب بالإزالة ، فإذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس » (١) .
- ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادة ١٠ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٥٠ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٤٣ - وفي قانون الماكية العقارية اللبناني لا مقابل (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع كان يتضمن فقرة ثالثة تجرى على الوجه الآتي : « وأما ما صرف في حفظ العقار وصيانته ، فليزِم دفعه في كل الأحوال للمشتري المشفوع منه » . وفي لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة الثالثة لأنها تطبق للقواعد العامة ، ووافقت اللجنة على النص بعد تعديله على هذا الوجه تحت رقم ١٠٢٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٤٧ (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٦ - ص ٤٣٨) .

(٢) قانون الشفعة السابق م ١٠ : إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً ، قبل طلب الأخذ بالشفعة ، يكون الشفع ملزماً ، بناء على رغبة المشتري ، إما أن يدفع له ما صرفه أو ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس - أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد طلب الأخذ بالشفعة ، فلشفيع الخيار إذا شاء طلب إزالتها ، وإن شاء طلب بقاءها . وفي هذه الحالة لا يلزم إلا بدفع قيمة الأدوات وأجرة العمل أو مصاريف الغراس . أما ما صرف في حفظ العقار وصيانته ، فليزِم دفعه في كل الأحوال للمشتري المشفوع منه . (وأحكام التقنين المدني الجديد تتفق مع أحكام قانون الشفعة السابق) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٥٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي ١١٤٣ : ١ - إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس

والنص يواجه خصوصية هامة من خصوصيات علاقة الشفيع بالمشتري . ويمكن القول بوجه عام إن المشتري إما أن يتسلم العقار المشفوع فيه من البائع ، وعندئذ تنشأ علاقات متعددة بينه وبين الشفيع بسبب انتقال حيازة العقار المشفوع فيه إليه ، أو لا يتسلمه . وفي الحالة الأخيرة ، إذا لم يتسلم الشفيع العقار المشفوع فيه ، فإن علاقته بالشفيع تكون جد محدودة ، فهو قد اختفى من الصفقة كما قدمنا وحل الشفيع محله فيها ، ولم يتسلم العقار المشفوع فيه حتى ينشأ عن هذا التسلم حقوق والتزامات لكل منهما قبل الآخر ، وتكاد تنحصر العلاقة بينهما في رجوع المشتري على الشفيع بمصروفات البيع التي يلتزم بها المشتري عادة في دفعها ، فإذا أخذ الشفيع بالشفعة رجع بها عليه ، سواء تسلم العقار أو لم يتسلمه . ويستوى في ذلك أن يكون المشتري قد سجل عقد شرائه أو لم يسجله . أما إذا تسلم المشتري العقار المشفوع فيه من البائع ، وهذا هو الغالب ، فسواء سجل عقد شرائه أو لم يسجله ، فإن حقوقاً له قد تنشأ قبل الشفيع ، وتنشأ للشفيع حقوق قبله . ذلك أن المشتري ، وقد اختفى من الصفقة ولكنه تسلم العقار المشفوع فيه ، يمكن اعتباره حائزاً لهذا العقار ، ويكون حائزاً حسن النية قبل إعلانه برغبة الشفيع في الشفعة ، وحائزاً سيئ النية بعد إعلانه بهذه الرغبة . وعلى ذلك تكون حقوق المشتري قبل الشفيع ، إذا تسلم المشتري العقار المشفوع فيه ، هي : (١) استرداد الثمن إذا كان قد وفاه للبائع ، واسترداد مصروفات البيع لأنه يكون قد دفعها ؛ (٢) التعويض عن

= في أوجاراً قبل أن يبلغ بالرغبة في الأخذ بالشفعة ، كان الشفيع ملزماً بأن يدفع للمشتري مقدار مازاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الفراس . ٢ - أما إذا حصل البناء أو الفراس بعد تبليغ الرغبة في الأخذ بالشفعة ، كان الشفيع أن يطلب القلع . وإذا كان القلع مضرأ بالعقار ، كان له أن يستحب البناء أو الفراس بقيمتيهما مستحق القلع . (ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أن التقنين الأول يلزم الشفيع بأن يدفع للمشتري زيادة القيمة في حالة البناء أو الفراس قبل إعلان الرغبة ، أما التقنين المصري فيخير المشتري بين هذه القيمة وقيمة ما أنفق . ويختلفان ، في حالة البناء أو الفراس بعد إعلان الرغبة ، في أن التقنين العراقي يعطى الشفيع إذا كان القلع مضرأ بالعقار الحق في استبقاء البناء أو الفراس بقيته مستحق القلع ، أما في التقنين المصري فالشفيع إذا استحب البناء أو الفراس يلتزم بدفع قيمة ما أنفق للمشتري .)

المصرفوات الضرورية والمصرفوات النافعة ، إذا كان قد أُنفق على العقار المشفوع فيه شيئاً من ذلك . (٣) التعويض عن البناء أو الغراس ، إذا كان قد بُنى أو غرس في العقار المشفوع فيه ، طبقاً للأحكام الواردة في المادة ٩٤٦ مدني سالفة الذكر . وأما حقوق الشفيع قبل المشتري فهي : (١) تسلم العقار المشفوع فيه وما يتطوى عايه ذلك من تحمل تبعة الهلاك ، لأن المشتري وقد تسلم العقار المشفوع فيه من البائع يلتزم بتسليمه للشفيع . ولا يلتزم المشتري بنقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع ولا بضمان التعرض والاستحقاق ولا بضمان العيوب الخفية ، فهذه كلها التزامات يتحمل بها البائع رأساً نحو الشفيع ، وقد تقدم القول فيها . (٢) استرداد ثمار العقار المشفوع فيه ، لأن المشتري وقد تسلم هذا العقار يكون قد قبض ثماره . فنبحث هذه المسائل الخمس على التعاقب .

٢٤١ - من المشتري في استرداد الثمن منه الشفيع واسترداد

مصرفوات البيع : المفروض هنا أن الثمن غير مؤجل ، وأن المشتري قد دفعه للبائع . فإذا أخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بالشفعة قضاء ، فأودع الثمن خزنة المحكمة ، بحسب المشتري الثمن من الخزنة ، فاسترد على هذا النحو الثمن الذي سبق أن دفعه للبائع ، وبذلك يكون الشفيع قد وفى التزامه نحو المشتري من رد الثمن إليه . وقد سبق بيان ما يجب خصمه من المبلغ المودع خزنة المحكمة إذا أثبت الشفيع أن هذا المبلغ أكبر من الثمن الحقيقي ، وما يجب إضافته إلى هذا المبلغ إذا أثبت البائع أو المشتري أنه أقل من الثمن الحقيقي ، فنحيل إلى ما تقدم في هذا الشأن (١) . وفى حالة التراضى على الشفعة ، يكون الشفيع ملتزماً بدفع الثمن المتفق عليه للمشتري (٢) . وأياً كان المبلغ الذى يلتزم الشفيع بدفعه ، كل الثمن أو الباقي منه ، فإنه يلتزم بدفعه فوراً للمشتري . ولا يلتزم الشفيع بدفع فوائد عن

(١) أنظر آنفاً ص ٧٥٣ - ص ٧٥٤ .

(٢) وليس للمشتري ، في جميع الأحوال ، أن يطلب من الشفيع مبلغاً أكبر من الثمن الحقيقي الذى اشترى به يدعى أن العقار قد زادت قيمته ، إذا كانت هذه الزيادة نتيجة لأسباب اقتصادية عامة وليست من فعل المشتري . كذلك لا يجوز للشفيع أن يطلب إنقاص الثمن يدعى أن العقار قد قلت قيمته نتيجة لهذه الأسباب الاقتصادية العامة . أنظر في هذا المعنى محمد كامل مرسى

التمن ، إلا في الحالات التي سبق أن بينها في الترام الشفيع بدفع التمن للبائع (١). وإذا أخل الشفيع بالتزامه بدفع التمن وفواتده للمشتري ، وجب تطبيق القواعد العامة . ولما كان البائع قد استوفى التمن من المشتري كما سبق القول ، فإنه يتمتع الفسخ لعدم رد الشفيع التمن للمشتري (٢) . ذلك بأن المشتري إنما يسترد من الشفيع التمن الذي دفعه للبائع ، لأنه دفع عنه ديناً واجباً في ذمته للبائع ، فيكون رجوع المشتري على الشفيع طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب . ومن ثم لا يكون للمشتري حق الفسخ كما قلنا ، وإنما يكون له حق التنفيذ على أموال الشفيع ، كما أن له أن يجبس العقار المشفوع فيه حتى يسترد من الشفيع التمن والفوائد (٣).

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٨ - وذلك لأن الشفيع قد أودع التمن خزانة المحكمة ، من وقت الإيداع إلى وقت صدور الحكم النهائي بالشفعة وتمكن المشتري من سحب التمن من خزانة المحكمة إذا كان قفواً للبائع ، لا يلتزم الشفيع بدفع فوائد عن التمن ، لأن تعطيل التمن لم يكن خطأ منه ، وقد قررنا مثل ذلك بالنسبة إلى البائع (أنظر آنفاً فقرة ٢٣٨) . وعلى ذلك يكون غير صحيح ما ورد في المذكرة الإيضاحية من أن المشتري أن يطالب بالفوائد من الوقت الذي لا يملك فيه التمن (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٠) ، أي من وقت إعلان المشتري بالرغبة في الأخذ بالشفعة . فإن المشتري ، من ذلك الوقت ، يكون ملزماً برد التمن للشفيع (أنظر مايل ص ٧٧٤ ، ولا يجوز له مع ذلك تقاضي فوائد عن التمن من الشفيع ، إذ أن الشفيع يكون قد أودع التمن خزانة المحكمة وحرم نفسه من الانتفاع به ، وذلك بسبب علم تسليم المشتري بالشفعة عن غير حق . عل أن ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع إنما كان تفسيراً لما جرى به الحكم في هذا المشروع من أن الشفيع لا يلزم إلا بإيداع ثلث التمن ، ومن ثم يكون ملزماً بدفع فوائد ما لم يودعه من التمن في خزانة المحكمة (أنظر في هذا المعنى محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣١٩ ص ٥٤١ - وانظر هذه المسألة : استئناف مصر ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٠ ص ٩٨٢ - استئناف مخطط ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٠٥ - ٢٥ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٩٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٩٥) .

(٢) قارن استئناف مصر ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٦٠٨ ص ١٣٨١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٩٣ والأحكام المشار إليها فيه .

(٣) استئناف مخطط ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١١٣ . وفي عهد قانون الشفعة السابق وكان لا يلزم الشفيع بإيداع التمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة ، استقر القضاء على أنه يجوز أن يقرن الحكم بالشفعة بالزام الشفيع بدفع التمن للمشتري في خلال مدة معينة ، وإلا سقط حق في الشفعة بدون حاجة لتبنيه عليه من المشتري ، حتى لو لم ينص الحكم على سقوط الحق جزئاً على علم الدفع (نقض مدني ٢٤ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٨ ص ٤٠١ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦ ص ٩٥) . وقد قضت محكمة النقض بأن وجوب اختصاص البائع والمشتري بدعوى الشفعة إجراء أوجه القانون -

ويسترد المشتري من الشفيع أيضا مصروفات البيع ، سواء كانت رسمية كرسوم توثيق البيع المشفوع فيه ورسوم الدفعة ورسوم التصديق على الإضاءات ورسوم التسجيل ورسوم استخراج الشهادات العقارية ، أو كانت غير رسمية كالسمرة وأتعاب المحاماة ومصروفات معاينة الأرض المشفوع فيها . وهذه المصروفات التزم المشتري بدفعها عند شرائه العقار ، وقد نصت المادة ٤٦٢ مدني في هذا الصدد على أن « نفقات عقد البيع ورسوم الدفعة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك » . وعلى هذا يسترد المشتري من الشفيع هذه المصروفات طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب كما في استرداد الثمن ، ويكون للمشتري حق التنفيذ على أموال الشفيع وله أن يحبس العقار المشفوع فيه . وقد قدمنا أن الشفيع لا يلتزم بإيداع مصروفات البيع مع الثمن خزانة المحكمة إذا رفع دعوى الشفعة ، وإنما تكون هذه المصروفات محل مطالبة من المشتري للشفيع في أثناء نظر الدعوى ، وعلى المشتري أن يثبت مقدار ما أنفق منها حتى يقضى له به على الشفيع ^(١) .

٢٤٢ - من المشتري في التعويض عن المصروفات الضرورية

والمصروفات النافعة : وقد ينفق المشتري على العقار المشفوع فيه ، بعد أن يتسلمه من البائع ، مصروفات ضرورية أو مصروفات نافعة أو مصروفات كالمالية . وفي هذه الحالة يعتبر المشتري حائزاً للعقار المشفوع فيه ، وقد أنفق عليه هذه المصروفات ، ف يرجع بها على المالك وهو هنا الشفيع ، طبقاً للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن . وتنص المادة ٩٨٠ مدني في هذا الصدد على أنه « ١ - على المالك الذي

« على خلاف الأصل الذي يقضي بأن المدعي حر في توجيه دعواه إلى من يشاء ، فلا يجوز التوسع في مفهوم هذا الاستثناء . ولما كان ذلك ، وكانت دعوى الشفعة تنتهي بصور الحكم فيها ، فإنه لا يشترط لقبول الدعوى التي ترفع بطلب سقوط حكم الشفعة اختصاص البائع فيها (نقض مدني ٣٠ مارس سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٣٩ ص ٢٧٦) .

(١) أنظر آتياً فقرة ٢١٤ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى بملحقات الثمن دون أن يبين مقدارها ، وكان هذا المقدار كما هو ثابت من المستندات المقتضية في الطعن محل نزاع بين الطرفين ، فإن إغفاله يكون قصوراً مستوجباً نقضه في هذا الخصوص (نقض مدني ١٣ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة الكتب التي لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣٥ رقم ١٧٥ - ٢ أبريل سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣٥ رقم ١٧٦ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ١٠١٦) .

يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفق من المصروفات الضرورية ،
 ٢ - أما المصروفات النافعة فيسرى في شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ ،
 ٣ - فإذا كانت المصروفات كمالية ، فليس للحائز أن يطالب بشيء منها . ومع
 ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته
 الأولى ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة .
 وتقضى المادة ٩٨٢ مدني بأنه يجوز للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه
 مناسباً للوفاء بالمصروفات المتقدمة الذكر ، « وله أن يقضى بأن يكون الوفاء
 على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة ، وللمالك أن يتحلل من
 هذا الالتزام إذا هو عجل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوماً منها فوائد»
 بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها .

وستولى شرح هذه الأحكام تفصيلاً عند الكلام في الحيازة وفي علاقة
 الحائز بالمالك . ونقتصر هنا على القول بأن المشتري ، إذا أنفق على العقار
 المشفوع فيه مصروفات ضرورية ، استردها بأكملها من الشفيع ، وعليه أن
 يثبت مقدار هذه المصروفات ، في أثناء دعوى الشفعة ليقضى له بها ، أو أن
 يرفع بها دعوى على حدة . أما المصروفات النافعة ، فيطبق في شأنها قواعد
 الاتصاق المقررة في المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ مدني ، وقد مر ذكرهما عند الكلام
 في قواعد الاتصاق (١) . ويجب التمييز في هذا الصدد بين ما إذا كانت هذه
 المصروفات النافعة قد أنفقت على العقار المشفوع فيه قبل إعلان المشتري برغبة
 الشفيع في الشفعة فيكون المشتري في هذه الحالة حسن النية وتسرى عليه أحكام
 المادة ٩٢٥ مدني (٢) ، وما إذا كانت هذه المصروفات قد أنفقت بعد إعلان
 المشتري برغبة الشفيع في الشفعة فيكون المشتري في هذه الحالة سيئ النية وتسرى
 عليه أحكام المادة ٩٢٤ (٣) . وفي الحالتين يطالب المشتري الشفيع بالتعويض
 عن المصروفات النافعة طبقاً للأحكام المشار إليها إما في أثناء نظر دعوى
 الشفعة ، أو في دعوى على حدة . وإذا كانت المصروفات كمالية ، فليس

(١) انظر آتياًقرة ١٠٣ - ققرة ١٠٤ .

(٢) انظر آتياًقرة ١٠٤ .

(٣) انظر آتياًقرة ١٠٣ .

للمشتري أن يطالب الشفيع بشيء منها ، سواء أنفقت هذه المصروفات بعد إعلان المشتري برغبة الشفيع في الشفعة أو قبل إعلان هذه الرغبة . ويكون الشفيع بالخيار بين أن يستبقى المنشآت للكمال التي استحدثها المشتري مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو أن يجبر المشتري على إزالتها وعلى إعادة العقار إلى حالته الأولى . ويطالب الشفيع المشتري بذلك إما في أثناء نظر دعوى الشفعة ، أو في دعوى على حدة . وللمشتري حبس العقار المشفوع فيه حتى يسترد من الشفيع المستحق له ، بسبب المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة والمصروفات الكمالية .

٢٤٣ - من المشتري في التعويض والفrais : وقد بيني

المشتري في العقار المشفوع فيه أو يفرس فيه أشجارا ، بعد أن يتسلمه من البائع . وقد تكفلت المادة ٩٤٦ مدني سالفه الذكر ^(١) ببيان ما يرجع به المشتري على الشفيع من التعويض بسبب هذا البناء أو الفراس . ولم يطبق المشرع ، في هذه المادة ، الأحكام العامة في الالتصاق ، بل انحرف عنها كثيرا ^(٢) . فقد ميز بين حالتين : حالة ما إذا بنى المشتري أو غرس قبل إعلانه بالرغبة في الشفعة فاعتبر المشتري في هذه الحالة حازا حسن النية ، وحالة ما إذا بنى أو غرس بعد إعلانه بهذه الرغبة فاعتبر في هذه الحالة حائزا سيئ النية . ولم تطبق الأحكام العامة في الالتصاق في كلتا الحالتين ، بل عومل المشتري في كل منهما معاملة أفضل مما تقضي به هذه الأحكام . والسبب في ذلك أن المشتري عندما يبنى أو يفرس في العقار المشفوع فيه ، سواء كان ذلك قبل إعلان الرغبة في الشفعة أو بعد إعلانها ، إنما يبنى أو يفرس في عقار اشتراه . فعنده من الأسباب ما يبرر أن يتصرف في هذا العقار تصرف المالك ، فيبنى فيه أو يفرس ، وقد يتصرف فيه بالبيع أو الرهن أو غير ذلك من التصرفات

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٤٠ .

(٢) وقد قيل ، في غير اقتناء ، عكس ذلك وأن المادة ٩٤٦ مدني ترد المبادئ العامة المقررة في الالتصاق ، في لجنة الأستاذ كامل صدق . إذ قال أحد الأعضاء ، عندما عرض النص على اللجنة ، وإن هذا النص ، وإن كان يرد المبادئ العامة المقررة في باب الالتصاق ، إلا أنه يحسن الإبقاء عليه في باب الشفعة ، إذ أن حقه قد يدع مجالاً لتطبيقات تجانب هذه المبادئ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٧ في الحاشي).

كما سنرى . وهو ، حتى بعد إعلانه بطلب الشفعة ومعارضته لهذا الطلب ، قد يكون على حق في هذه المعارضة ، أو في القليل قد يعتمد أنه على حق فيها ، فلم يشأ أن يثقل نشاطه ، وأقبل بيني أو يفرس في العقار المشفوع فيه (١) .

وفي الحالة الأولى ، عندما بينى المشتري أو يفرس قبل إعلان الرغبة في الشفعة ، تنقضى الفقرة الأولى من المادة ٩٤٦ مدني كما رأينا بأن المشتري يكون بالخيار بين أن يطلب الشفع بـ ما أنفق في البناء أو الفراس (٢) أو بمقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الفراس ، أي القيمتين أكبر . فهنا قد عومل المشتري في الشفعة معاملة أفضل من الحائز حسن النية في الأحكام العامة للاتصاق . فان هذا يتقاضى ما أنفق في البناء أو الفراس أو ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الفراس أي القيمتين أقل . يضاف إلى ذلك أنه في الأحكام العامة في الاتصاق « إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الحسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها : كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل » (م ٢ / ٩٢٥ مدني) . فيستطيع إذن صاحب الأرض ، في الأحكام العامة في الاتصاق ، أن يتفادى تعويض الحائز عن البناء أو الفراس ، بأن يطلب تملكه الأرض في نظير تعويض عادل . أما في الشفعة ، فلا يستطيع الشفع أن يتفادى تعويض المشتري عن البناء أو الفراس بأن يطلب تملكه العقار في نظير تعويض عادل ، إذ لم يرد في الشفعة نص في هذا المعنى كما ورد هذا النص في الأحكام العامة في الاتصاق . والسبب في ذلك واضح ، فان الشفع إذا أراد أن يتفادى تعويض المشتري عن البناء أو الفراس ، فان الأولى به ألا يطلب أخذ العقار بالشفعة ، بدلا من أن يأخذه ثم يعيده إلى المشتري في نظير تعويض عادل . بقي أنه في الأحكام العامة في الاتصاق ، يجوز للحائز أن يطلب نزع المنشآت التي استحدثها على أن يعيد الأرض إلى أصلها (م ١ / ٩٢٥ مدني) . وهذا أيضا جائز في الشفعة ، فيصبح

(١) انظر آنفاً فقرة ١١٣ .

(٢) وقد قضى بأن أتماب الما قول الذي كلفه المشتري قبل إعلانه بطلب الشفعة تخضير ورسوم وبيانات عن مصروفات البناء المراد إقامته على الأرض المشفوع فيها تدخل ضمن المبالغ التي يلزم الشفع بدفعها ، ولكن تصير هذه الرسوم والبيانات ملكاً للشفع (استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٠٩) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٢٠ ص ٥٠٨ .

المشتري ، بدلا من أن يتقاضى من الشفيع التعويض المنصوص عليه في المادة ٩٤٦ مدنى ، أن يطلب نزع البناء أو الفراس من العقار المشفوع فيه على أن يعيد العقار إلى أصله (١) .

وفي الحالة الثانية ، عندما يبنى المشتري أو يفرس بعد إعلان الرغبة في الشفعة ، تقضى الفقرة الثانية من المادة ٩٤٦ مدنى كما رأينا أنه يصح للشفيع أن يطلب إزالة البناء أو الفراس على نفقة المشتري وإعادة العقار إلى أصله مع التعويض إن كان له مقتضى . وإلى هنا يتساوى المشتري في الشفعة مع الحائز متى أُنِي في الأحكام العامة في الالتصاق ، فانه طبقا لهذه الأحكام يجوز لصاحب الأرض « أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه » (م ١ / ٩٢٤ مدنى) (٢) . ولكن يجوز لكل من الشفيع في أحكام الشفعة ولصاحب الأرض في الأحكام العامة في الالتصاق أن يطلب استبقاء البناء أو الفراس . وفي هذا الفرض يعامل المشتري في الشفعة معاملة أفضل من معاملة الحائز متى أُنِي في الأحكام العامة في الالتصاق . فالمشتري في الشفعة ، طبقا لأحكام المادة ٩٤٦ / ٢ مدنى ، يتقاضى من الشفيع ما أنفقته في البناء أو الفراس ، أما الحائز متى أُنِي في الأحكام العامة في الالتصاق فلا يتقاضى ، طبقا لأحكام المادة ٩٢٤ / ١ مدنى ، إلا أقل القيمتين ، قيمة البناء أو الفراس مستحق الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء أو الفراس (٣) .

٢٤٤ - من الشفيع في تسليم العقار المشفوع فيه، صده المشتري -

نعمه المهول ولما كان المشتري قد تسلم العقار المشفوع فيه من البائع ، فانه بعد الأخذ بالشفعة يلتزم بتسليمه للشفيع . وكل ما ذكرناه من أحكام في تسليم البائع العقار المشفوع فيه للشفيع يسرى هنا في تسليم المشتري هذا العقار للشفيع . فالمشتري يلتزم بتسليم العقار بالحالة التي كان عليها وقت البيع ، وبالمقدار الذى

(١) أنظر آتفاً فقرة ١١٣ .

(٢) وقد حدد النص لصاحب الأرض ، ليتقدم بهذا الطلب ، ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت (م ١ / ٩٢٤ مدنى) ، ولم تحدد المادة ٩٤٦ مدنى ميعاداً للشفيع لتقديم بنفس الطلب .

(٣) أنظر في كل ما تقدم آتفاً فقرة ١١٣ .

عين له في العقد، وبالملاحظات التي تتبعه . ويكون التسليم بوضع العقار تحت تصرف الشفيع بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة العقار . ويتم التسليم فوراً بمجرد ثبوت حق الشفيع في الشفعة ، فإذا تأخر المشتري عن التسليم ، كان للشفيع أن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا التأخر (١) .

يبقى أن نحدد على من تقع تبعة هلاك العقار المشفوع فيه ، إذا هلك هذا العقار بسبب أجنبي قبل أن يسلمه المشتري للشفيع (٢) . لا شك في أن هذه التبعة لا تقع على البائع ، فهو قد سلم العقار إلى المشتري فارتفعت عنه بهذا التسليم تبعة الهلاك . ويبقى تحمل التبعة محصوراً بين المشتري والشفيع ، وكثير من الفقهاء يذهبون إلى أن تبعة هلاك العقار قبل أن يسلمه المشتري للشفيع تقع على المشتري (٣) . وحجتهم في ذلك أن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع لأن ملتزم بالتسليم ، وقد أصبح المشتري هو الملتزم بالتسليم فتقع عليه هو تبعة الهلاك .

ولكن يلاحظ على هذا الرأي أن تبعة الهلاك إنما تقع على الملتزم بالتسليم إذا كان الالتزام بالتسليم متفرعاً عن الالتزام بنقل الملكية ، فيكون الالتزام بالتسليم ليس في حقيقته إلا التزاماً مكملًا للالتزام بنقل الملكية إذ لا تخلص الملكية فعلاً إلا بالتسليم (٤) . أما هنا فالمشتري ليس ملتزماً بنقل الملكية للشفيع ، بل الملتزم بنقلها هو البائع كما قدمنا ، والبائع قد ارتفعت عنه التبعة بتسليم العقار إلى المشتري كما سبق القول . فعلى أي أساس إذن يبنى تحميل المشتري لتبعة الهلاك قبل التسليم ؟ في رأينا أن المشتري لا يتحمل تبعة الهلاك لأنه ملتزم بالتسليم ، إذ التزامه بالتسليم هو التزام مستقل وليس متفرعاً عن التزام بنقل

(١) أنظر آتفاً فقرة ٢٣٥ .

(٢) أما بعد تسليمه للشفيع ، ففي عن البيان أن تبعة الهلاك ، كلياً كان الهلاك أجزئياً ، تكون على الشفيع . كذلك تكون تبعة الهلاك الكل أو الجزء على الشفيع حتى لو لم يتسلم العقار من المشتري . إذا كان المشتري قد أعذره قبل الهلاك بأن يتسلم العقار .

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٠٠ - إسماعيل غانم ص ٩٥ - عبد المنعم فرج الصدة

فقرة ٣٣٠ ص ٥٠٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٥٣ ص ٣٦٢ .

(٤) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٣١٦ .

الملكية . والأصل أن الذى يتحمل تبعة الهلاك فى هذه الحالة هو المالك (١) ، والمالك هنا هو الشفيع متى سجل سند شفيعته (الحكم بالشفعة أو إقرار المشتري بها) ، فكان ينبغي أن يكون الشفيع هو الذى يتحمل تبعة الهلاك . ولكن المشتري ، قبل تسليمه العقار للشفيع ، يعتبر حائزاً له كما قلنا ، حائزاً حسن النية قبل إعلانه بالرغبة فى الشفعة ، وحائزاً سىء النية بعد هذا الإعلان . وقد بين القانون فى نصوص صريحة على من تقع تبعة هلاك الشيء ، إذا هلك وهو فى يد الحائز . فنصت المادة ٩٨٣ مدنى على أنه « ١ - إذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشيء وفقاً لما يحسه من حقه ، فلا يكون مسئولاً قبل من هو ملزم برد الشيء إليه عن أى تعويض بسبب هذا الانتفاع . ٢ - ولا يكون الحائز مسئولاً عما يصيب الشيء من هلاك أو تلف ، إلا بقدر ما عاد عليه من قائمة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف » . وعلى ذلك تكون تبعة الهلاك على الشفيع ، إذا هلك العقار بسبب أجنبي وهو فى يد المشتري قبل إعلانه بالرغبة فى الشفعة ، أى طالما كان المشتري معتبراً حائزاً حسن النية (٢) . وتنص المادة ٩٨٤ مدنى على أنه « إذا كان الحائز سىء النية ، فانه يكون مسئولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ » ، إلا إذا ثبت أن الشيء كان هلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد من يستحقه » . وعلى ذلك تكون تبعة الهلاك على المشتري إذا هلك العقار وهو فى يده بعد إعلانه بالرغبة فى الشفعة ، أى عندما يعتبر حائزاً سىء النية . وسنعود إلى بحث المادتين ٩٨٣ و ٩٨٤ مدنى عند الكلام فى الحيازة وفى علاقة الحائز بالمالك (٣) ، ونقتصر هنا على القول بأن هاتين المادتين هما المنطقتان ، فى رأينا ، فى حالة هلاك العقار المشفوع فيه بسبب أجنبي وهو لا يزال فى يد المشتري قبل أن يسلمه للشفيع (٤) .

(١) الوسيط ٤ فقرة ٣١٦ ص ٦٠٨ .

(٢) ويلاحظ ، من الناحية العملية ، أنه إذا هلك العقار وهو فى يد المشتري قبل إعلانه بالرغبة فى الشفعة ، وعلم الشفيع بهذا الهلاك ، فانه لا يقدم على طلب الشفعة فى عقار قد هلك ويتحمل هو تبعة هلاكه . لذلك لن يطلب الشفيع الشفعة فى هذه الحالة ، ويبقى البيع قائماً بين البائع والمشتري ، ويتحمل المشتري تبعة هلاك العقار بعد أن تسلمه من البائع .

(٣) أنظر مايلى فقرة ٣٦٠ - فقرة ٣٦٢ .

(٤) ولما كان المشتري قبل إعلانه بالرغبة فى الشفعة يتحمل تبعة الهلاك من الناحية العملية -

وإذا كان الهلاك جزئياً أو نقصاً في قيمة العقار بسبب تلف أصابه ، وكان ذلك قبل إعلان المشتري بالرغبة في الشفعة ، فإن التبعة تكون على الشفيع كما هو الأمر في الهلاك الكلي . أما إذا وقع الهلاك الجزئي أو النقص في قيمة العقار بعد إعلان المشتري بالرغبة في الشفعة ، فإن التبعة تكون على المشتري كما هو الأمر أيضاً في الهلاك الكلي ، ويجوز للشفيع ، إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وإما أن يبقى البيع بعد إنقاص الثمن « (م ٤٣٨ مدني) (١) » .

٢٤٥ - من الشفيع في استرداد ثمار العقار المشفوع فيه من المشتري :

قدمنا أن الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ مدني تنص على ما يأتي : « وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره » . وذكرنا أن استحقاق المشتري ، وقد حل محله الشفيع ، للثمرات والنماء لا يرجع إلى أن هذه تعتبر من ملحقات المبيع فتسلم إليه مع المبيع ، بل يرجع إلى أن المشتري قد أصبح ما لكا للمبيع وباعتباره ما لكا يملك ثمر ملكه ونماؤه ، ويكون عليه تكاليفه . وقد رتبنا على ذلك أن الشفيع ، بعد أن حل محل المشتري ، لا يملك ثمار العقار المشفوع فيه إلا من وقت أن تنتقل إليه ملكية هذا العقار ، وذلك سواء

كما قدمنا ، وتحمل هذه التبعة أيضاً بعد إعلانه بالرغبة في الشفعة كما بينا ، فهو إذن الذي يتحمل التبعة في جميع الأحوال . على أنه يحسن تأسيس تحمله التبعة على المادتين ٩٨٣ و ٩٨٤ مدني ، لا على أنه ملتزم بالتسليم . وقد تظهر فائدة عملية من التأسيس على المادتين ٩٨٣ و ٩٨٤ مدني في فرضين : (أ) إذا كان الهلاك قبل إعلان الرغبة في الشفعة ، وطلب الشفيع الشفعة دون أن يعلم بالهلاك ، فيتحمل هو التبعة دون المشتري ، وإن كان هذا فرضاً بعيد الحصول . (ب) إذا كان الهلاك بعد إعلان الرغبة في الشفعة وثبت أن العقار كان يهلك ولو تسلمه الشفيع ، فإن الشفيع في هذا الفرض هو الذي يتحمل التبعة دون المشتري .

(١) أنظر في تفصيل ذلك ما قدمناه في تحمل البائع لتبعة الهلاك الجزئي آنفاً ص ٧٤٤ - ص ٧٤٥ - وإذا تحمل الشفيع تبعة الهلاك الكلي أو الجزئي بعد أخذه بالشفعة في حالة ما إذا ثبت أن العقار كان يهلك ولو كان قد تسلمه ، فإنه لا يستطيع ، بعد أن يثبت حقه في الشفعة أن يتخلص من هذه التبعة بتنازله عن الشفعة . وقد قدمنا أنه لا يجوز للشفيع ، بعد القضاء له بالشفعة ، أن ينزل عنها بحجة أن الحكم صدر لمصلحته وأنه متنازل عنه ، وذلك لأن الحكم قد غول حقاً للمشتري أو البائع وهو قبض الثمن (أنظر آنفاً فقرة ٢٣٩) .

كان العقار لا يزال في يده البائع وهو الذى يستولى على ثماره ، أو سلم إلى المشتري فأصبح هو الذى يقبض هذه الثمار (١) . ومتى ثبت للشفيع الحق فى ثمرات العقار المشفوع فيه من وقت تملكه لهذا العقار ، فعليه من هذا الوقت أيضا تكاليفه ، كالأضرائب ونفقات حفظ العقار وصيانه ونفقات الاستغلال ومصروفات تحصيل الثمرة ونحو ذلك ، لأن العقار لم ينتج هذه الثمرات إلا بعد هذه التكاليف ، والقرم بالغنم (٢) .

ويبقى الآن تحديد متى يعتبر الشفيع مالكا للعقار المشفوع فيه ، حتى يكون من وقت تملكه لهذا العقار مستحقا لثماره فيسردها من المشتري ، ولمتريما بأن يرد إليه نفقات الحفظ والصيانة وسائر التكاليف . وهنا تظهر الأهمية العملية لقضاء محكمة النقض الذى استقر على أن حكم الشفعة منسوخ لحق الشفيع ، وأن ملكية العقار المشفوع فيه لا تنتقل إلى الشفيع إلا من وقت تسجيل هذا الحكم (٣) . فقد رأينا أن محكمة النقض ذهبت فى كثير من أحكامها ، فى عهد قانون الشفعة السابق ، إلى أن العين المشفوعة لا تصير إلى ملك الشفيع ، فى غير حالة التراضى ، إلا بالحكم النهائى القاضى بالشفعة ، وبألا سند فى القانون لدعوى الشفيع ببيع العين عن المدة السابقة للحكم ، ولو كان قد عرض الثمن على المشتري عرضا حقيقيا وأودعه خزانة المحكمة إثر رفضه (٤) . فعند محكمة النقض أن ثمار العقار المشفوع فيه تكون من حق المشتري وحده عن المدة السابقة لتاريخ الحكم النهائى القاضى بالشفعة ، ولا محل للتفريق بين حالة ما إذا كانت الشفعة قد قضى بها الحكم الاستثنائى بعد أن كان قد رفضها الحكم الابتدائى وحالة ما إذا كان قد قضى بها الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم الاستثنائى ، إذ العبرة فى الحالتين بالحكم النهائى سواء كان ملغيا أو مؤيدا للحكم الابتدائى (٥) .

(١) أنظر ص ٥٧٧ - ص ٧٥٨ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ٣٩٣ ص ٧٧٥ - ص ٧٧٦ - وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٩٤٦ مدنى يتضمن فقرة ثالثة تجرى على الوجه الآتى : « أما ما صرف فى حفظ العقار وصيانه ، فيلزم دفعه فى كل الأحوال للمشتري المشفوع منه » . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة لأنها تطبق للقواعد العامة (أنظر آنفاً ص ٧٥٩ هامش ١) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٢ و ٢٣٨ ص ٧٥٧ - ص ٧٥٨ .

(٤) نقض مدنى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٠ .

(٥) نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٧ ص ٣٥١ -

٢ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٤ ص ٢٩٠ .

وقد قدمنا أن محكمة النقض لم تعدل عن هذا المبدأ ، حتى بعد أن صدر التفتين المدنى الجديد وأوجب على الشفيع إيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة (١) .

هذا هو ما استقرت عليه محكمة النقض في قضائها ، فهي تذهب إلى أن حق الشفيع لا يستقر وإلى أن الشفيع لا يحل محل المشتري إلا عند صدور الحكم النهائي بالشفعة . فمن ذلك الوقت فقط يستحق الشفيع (بعد تسجيل حكم الشفعة) ثمار العقار المشفوع فيه ويرجع بها على المشتري ، ومن ذلك الوقت أيضا يلتزم الشفيع بأن يرد إلى المشتري مصروفات الحفظ والصيانة ونفقات لاستغلال وتحصيل الثمرة ونحو ذلك .

وقد سبق أن استعرضنا الحجج التي استندت إليها محكمة النقض في قضائها ا هذا ، وانتهينا من هذا الاستعراض إلى القول بأن حكم الشفعة ، على عكس ما تذهب إليه محكمة النقض ، كاشف لا منقضى ، وإلى أن حلول الشفيع محل المشتري يكون منذ إبرام البيع لا منذ صدور الحكم بالشفعة (٢) . وقدّمنا أن الشفيع مع ذلك لا تنتقل إليه ملكية العقار المشفوع فيه إلا إذا سجل الحكم النهائي بالشفعة أو إقرار المشتري بها ، وذلك سواء حل الشفيع محل المشتري

(١) قصصت بأن ما أورده القانون في المادة ٢/٩٤٢ مدنى من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لم يقصد به تغيير الوضع ، وهو لايم عن رغبة المشرع في المدول إلى رأى القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة ، وإنما كان ذلك تمشياً مع اتجاهه في التضييق من حق الشفعة ، وضماناً بلدية طلبها . وطالما أن حق الشفيع في العين المشفوع فيها لا يستقر إلا بصدور الحكم بالشفعة ، فلا محل للقول باستحقاقه الربيع ابتداء من تاريخ إيداع الثمن . أما النص في المادة ٩٤٥ من القانون المدنى الجديد على حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع ، فهو نص لم يستحدث حكماً جديداً ، بل هو مماثل لنص المادة ١٣ من قانون الشفعة القديم . وهو لا يفيد اعتبار الشفيع الذى حكم له بطله حالاً محل المشتري في الرجوع منذ قيام الطلب ، إذ اعتباره كذلك وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة لا يجوز إلا لعل تقدير أثر رجعى لحلوله محل المشتري ، الأمر الذى يتناق مع ما هو مقرر من أن حكم الشفعة منقضى . لامقرر نحو الشفيع ، مما يمتنع معه القول بحلوله محل المشتري قبل الحكم نهائياً بالشفعة (نقض مدنى ١٤ مايوسنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٥ ص ٤٢٦ - وانظر أيضاً نقض مدنى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٨ ص ٧٩٨ - وانظر آنفاً ص ٧١٧ - ص ٧١٨) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٨ - فقرة ٢٣١ .

من وقت البيع على الرأى الذى نقول به ، أو من وقت صدور الحكم النهائى بالشفعة أو إقرار المشتري بها على الرأى الذى نقول به محكمة النقض ، أو من وقت إعلان الرغبة أو من وقت تسجيل هذا الإعلان على ما يقول به آخرون . فالملكية فى جميع هذه الآراء لا تنتقل إلا بتسجيل الحكم النهائى بالشفعة أو تسجيل إقرار المشتري بها ، وهذا هو الذى تفرضه أحكام التسجيل . وتنتقل الملكية من وقت هذا التسجيل بالنسبة إلى الغير ، وهذا باحماغ الآراء أما فيما بين الشراء والمشتري ، والمشتري ليس من الغير بالنسبة إلى الشفيع على الرأى الذى نقول به ، فالملكية لا تنتقل أيضا إلا بالتسجيل ، ولكن إذا تم التسجيل فإنها تنتقل فى رأينا من وقت البيع ، وذلك على خلاف ما ذهب إليه محكمة النقض من أن الملكية لا تنتقل إلا من وقت التسجيل حتى بالنسبة إلى المشتري (١) .

فى الرأى الذى نقول به تنتقل الملكية إذن . فيما بين الشفيع والمشتري ، بتسجيل الحكم النهائى بالشفعة أو تسجيل إقرار المشتري بها ، ولكن من وقت البيع لا من وقت التسجيل . فهل يملك الشفيع الثمار وهى فى يد المشتري من وقت تمام البيع ، كما كان يملكها لو كانت فى يد البائع كما سبق القول (٢)؟ يختلف موقف الشفيع من المشتري عن موقفه من البائع . ذلك بأن المشتري . بعد أن ثبت للشفيع الحق فى الشفعة ، يعتبر حائزا للعقار منذ أن يتسلمه . وهو حائز حسن النية قبل إعلانه بالرغبة فى الشفعة ، وحائز سىء النية بعد هذا الإعلان ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ويعتبر الشفيع ، بالنسبة إلى المشتري ، مالكا للعقار من وقت البيع كما تقدم القول . فموقف الشفيع من المشتري ، بالنسبة إلى الثمار ، هو إذن موقف المالك من الحائز . وتنص المادة ١/٩٧٨ مدنى على أن « يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار مادام حسن النية » . وتنص المادة ٩٧٩ مدنى على أن « يكون الحائز سىء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سىء النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها ، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار » . وعلى ذلك يملك المشتري الثمار ، فلا يلتزم بردها إلى الشفيع ، إلى وقت إعلانه بالرغبة فى الشفعة ، إذ يكون عند

(١) أنظر أمارة ٢٢٤ .

(٢) أنظر اتفاق ٧٥٧ - من ٧٥٨ .

فلك حائزاً حسن النية ، وهو الذى يتحمل التكاليف إلى ذلك الوقت (١) . ومن وقت إعلان المشتري بالرغبة في الشفعة ، يصبح المشتري حائزاً مسمى النية ، فلا يملك الثمار . وتكون الثمار من ذلك الوقت للمالك أى للشفيع ، ويستطيع هذا أن يستردها من المشتري ، وعليه ، من ذلك الوقت أيضاً ، أن يرد للمشتري التكاليف التى سبق بيانها من مصروفات حفظ وصيانة وغيرها من المصروفات وما أنفقه المشتري في إنتاج هذه الثمار (٢) .

والحل الذى نقول به هو الحل الذى تحليه النصوص والمبادئ العامة ، وينهض به فوق ذلك اعتباران . الاعتبار الأول هو أنه الحل المنطقي . فالمشتري قبل إعلان طلب الشفعة من حقه أن يتصرف تصرف المالك في العقار الذى اشتراه ، وله بوجه خاص أن يقبض ثماره ولا يكون مسئولاً عن ردها لأحد . فإذا ما أعلن بطلب الشفعة تغير موقفه ، ووجب عليه أن يستعد لهذا الطلب ، وأن يواجه احتمال نجاح الشفع في أن يأخذ العقار بالشفعة فيطالبه بالثمار من وقت إعلان طلبه ، فيكون عندئذ مستعداً لرد هذه الثمار . والاعتبار الثانى هو هذا الحل هو الحل العادل . فقد أصبح الشفع ، بموجب التقنين الجديد ، ملزماً بإيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة (٣) ، أى بعد إعلان طلبه

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الشفع غير ملزم بأن يؤدى الشفع من ماله من الأموال عن الأعيان المشفوع فيها ، ولا ما أنفق عليه من مصاريف استغلالها مدة حيازته هو لها وانتفاع بها (نقض مدني ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣٤ رقم ١٧١) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا المعنى ما يأتي : « والشفع يعمل على المشتري في الصفقة ، فيملك من وقت البيع الأول . ويعتبر المشتري كأنه لم يملك أصلاً ، إلا أنه إذا استولى على ثمار المبيع إلى إعلان الرغبة فهو يملك الثمار بالحيازة إذ هو حسن النية إلى هذا الوقت ، ومادام قد تملك الثمار فلا يتقاضى فائدة على الثمن . ومنذ ثلث الرغبة في الأخذ بالشفعة لا يملك الثمار ، وتكون للشفيع إذ هو المالكه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٠) .

(٣) وهذا ما حمل بعض الفقهاء على القول بأن الثمار تكون للشفيع من وقت إيداع الثمن ، حتى لا يجرم الشفع من الانتفاع بالثمن ومن ثمار العقار (إسماعيل غانم ص ٩٦ - ص ٩٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٣١ ص ٥٠٥ - ص ٥٠٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٥٤ ص ٣١٣) . أما سائر الفقهاء الذين يقولون بأن حلول الشفع محل المشتري يتم وقت صدور الحكم بالشفعة ، فيذهبون إلى أن تكون الثمار للشفيع من وقت صدور هذا الحكم (محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٥٠٨ - شفيق شحاتة فقرة ٢٧٦ ص ٢٨٦ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٧٠ ص ٤٨١) .

المشترى بطلب الشفعة بأيام قليلة . فمن العدل ، وقد أودع الثمن خزانة المحكمة وحرم نفسه من استغلاله بسبب عدم تسليم المشتري له بالشفعة عن غير حق ، أن يستعيض عن فوائد هذا الثمن باسترداد الثمار من المشتري من وقت أن أصبح هذا حائزاً لشيء النية . أى من وقت إعلانه بطلب الشفعة .

٣٤ - عمدة الشفع بالغير

٢٤٦ - نص قانوني : تنص المادة ٩٤٧ مدني على ما يأتي :

« لا يسرى في حق الشفع أى رهن رسمي أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أى بيع صدر من المشتري ولا أى حق عيني رتبه أو ترتب ضده ، إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة في الشفعة . ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار » (١) .

وبقابل النص في قانون الشفعة السابق المادة ١٢ (٢) .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٥١ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٤٤ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٨ - ص ٤٤١) .

(٢) قانون الشفعة السابق م ١٢ : كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع وكل حق عيني قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده ، بعد التاريخ الذى سجل فيه طلب الشفعة طبقاً للمادة الرابعة عشرة الآتية ، لا يسرى على الشفع . ويبقى مع ذلك لأصحاب الديون المتأخرة والدائنين المرتبطين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للشفوع منه من ثمن ذلك العقار . (وأحكام التقنين المدني الجديد تنفق مع أحكام قانون الشفعة السابق) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ١٩٥١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٤٤ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

ويواجه النص حالة ما إذا ترتبت حقوق عينية على العقار المشفوع فيه من جانب المشتري ومتى تسرى في حق الشفيع ، وهنا يجب التمييز بين الحقوق العينية التي ترتبت قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة وتلك التي ترتبت بعد تسجيل هذا الإعلان . وقبل ذلك نبحت حالة الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب البائع ومتى تسرى في حق الشفيع ، وهنا أيضا تميز بين الحقوق التي ترتبت قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة وتلك التي ترتبت بعد تسجيل هذا الإعلان .

وعلى ذلك نبحت المسائل الآتية : (١) الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب البائع قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة . (٢) الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب البائع بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة . (٣) الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب المشتري قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة . (٤) الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب المشتري بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة .

٢٤٧ - الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب

البائع قبل تسجيل إعلانه الرغبة في الشفعة : والحقوق العينية التي يمكن أن يرتبها البائع على العقار المشفوع فيه حقوق متنوعة بتنوع التصرفات التي يجريها البائع في هذا العقار . وأبلغ هذه التصرفات هو أن يتصرف البائع في ملكية العقار نفسها ، فيبيع العقار أو يقايض عليه أو يهبه مثلا . وقد تكون التصرفات دون ذلك ، بأن يرتب البائع على العقار حقا عينيا أصليا كحق انتفاع أو حق ارتفاق . وقد يترتب على العقار من جانب البائع حق عيني تبعي ، كأن يرهنه رهنا رسميا أو رهنا حيازيا أو يؤخذ على العقار حق اختصاص من قبل دائني البائع أو يترتب عليه حق امتياز يكفل ديناً في ذمة البائع . كل هذه حقوق عينية ترتب على العقار المشفوع فيه من جانب البائع .

فاذا ترتب حق منها فإنه يسرى في حق الشفيع إذا أخذ العقار بالشفعة ، بشرط أن صاحب هذا الحق يشره حقه قبل أن يسجل الشفيع إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة إلى البائع ، وقبل أن يسجل المشتري عقد شرائه (أو صحيفة

دعواه بصحة التعاقد) . ذلك بأن صاحب الحق العيني الذى ترتب على العقار لا يستطيع أن يكشف ، عن طريق البحث فى سجلات الشهر العقارى ، عن البيع الذى صدر من البائع للمشتري إذ أن المشتري لم يسجل عقد شرائه (أو لم يسجل صحيفة دعواه بصحة التعاقد) ، ولا عن طلب الشفعة إذ أن الشفع لم يسجل إعلان هذا الطلب للبائع . فإذا شهر صاحب هذا الحق حقه ، بالتسجيل أو بالقيود بحسب الأحوال ، قبل أن يسجل الشفع إعلان البائع بطلب الشفعة وقبل أن يسجل المشتري عقد شرائه ، فإن حقه يكون نافذا على كل من الشفع والمشتري طبقا للقواعد المقررة فى التسجيل .

فإذا باع البائع مثلا ، بعد البيع الأول ، العقار ثانية وسجل المشتري الثانى قبل أن يسجل المشتري الأول عقد شرائه وقبل أن يسجل الشفع إعلان طلب الشفعة ، فإن البيع الثانى يكون نافذا فى حق الشفع ، فلا يستطيع أن يأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى ، فى مواعيد البيع الثانى وبالمثل الذى ورد فيه وبالشروط التى تم بها . وإذا قايس البائع على العقار المبيع أو وهبه وسجلت المقايضة أو الهبة قبل أن يسجل المشتري وقبل أن يسجل الشفع ، فإن المقايضة أو الهبة تسرى فى حق الشفع ، فلا يستطيع هذا أن يأخذ بالشفعة فى البيع الذى انتقض بالمقايضة أو الهبة ، ولا فى المقايضة أو الهبة لأنه لا يجوز الأخذ بالشفعة فى أى منهما . وإذا رتب البائع مثلا حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار بعد بيعه ، وسجل صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق قبل أن يسجل المشتري وقبل أن يسجل الشفع ، فإن الشفع يأخذ العقار بالشفعة محملا بحق الانتفاع أو بحق الارتفاق ، وفى هذه الحالة يرجع بضمين الاستحقاق على البائع . وإذا رتب البائع على العقار بعد بيعه رهنا رسميا أو رهنا حيازيا ، أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق امتياز يكفل ديناً فى ذمته ، وقيد الدائن حقه قبل أن يسجل المشتري وقبل أن يسجل الشفع ، فإن هذا الحق يسرى على الشفع ، ويأخذ العقار بالشفعة مثقلا به ، ويرجع بضمين الاستحقاق على البائع .

٢٤٨ - الحقوق العينية التى ترتبت على العقار المشفوع به من جانب

البائع بعد تسجيل إهماله الرغبة فى الشفعة: أما إذا ترتب حق عيني على العقار

المشفوع فيه من جانب البائع على الوجه المتقدم ذكره ، ولكن صاحب هذا الحق لم يشهره إلا بعد أن سجل الشفيع إعلان البائع بطلب الشفعة ، أو بعد أن سجل المشتري عقد شرائه ، فان هذا الحق لا يكون نافذا في حق الشفيع .

فاذا باع البائع ، بعد البيع الأول ، العقار ثانية أو قابض عليه أو وهبه ، ولم يجر تسجيل هذا التصرف قبل تسجيل الشفيع إعلان البائع بطلب الشفعة ، فان التصرف لا يتخذ في حق الشفيع ، والذي يسرى في حقه هو البيع الأول وحده ، فيأخذ فيه بالشفعة ويمضى في إجراءاتها إلى النهاية . ويرجع المشتري الثاني أو المقايض أو الموهوب له على البائع بالضمان ، طبقا لأحكام القانون .

وحتى لو سجل التصرف قبل تسجيل إعلان البائع بطلب الشفعة ، ولكنه سجل بعد تسجيل المشتري الأول ، فان التصرف لا يتخذ في حق هذا المشتري طبقا للقواعد المقررة في التسجيل . وما دام لا يتخذ في حق المشتري الأول ، فانه لا يتخذ أيضا في حق الشفيع الذي حل محل المشتري الأول . ولا يسرى أيضا في هذه الحالة في حق الشفيع إلا البيع الأول ، فيأخذ فيه بالشفعة .

وإذا رتب البائع ، بعد البيع ، حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار المشفوع فيه ، ولم يسجل صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق التصرف الصادر له قبل تسجيل الشفيع إعلان البائع بطلب الشفعة ، فان هذا الحق لا يسرى على الشفيع ، ويأخذ العقار بالشفعة خاليا من حق الانتفاع أو من حق الارتفاق ، ويرجع صاحب هذا الحق بالضمان على البائع . وكذلك الحكم فيما لو سجل المشتري عقد شرائه قبل تسجيل التصرف الصادر لصاحب حق الانتفاع أو لصاحب حق الارتفاق ، فلا يسرى هذا الحق على المشتري ، ومن ثم لا يسرى على الشفيع .

وإذا رتب البائع على العقار ، بعد بيعه ، رهنا رسميا أو رهنا حيازيا ، أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق امتياز يكفل ديناً في ذمته ، ولم يقيد الدائنين حقه قبل أن يسجل الشفيع إعلان البائع بطلب الشفعة ، أو قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه ، فان هذا الحق لا يسرى على الشفيع ، ويأخذ هذا الأخير العقار بالشفعة خاليا من هذا الحق . وفي هذه الحالة يحتفظ الدائن بحق الأولوية على ما عسى أن يكون قد آل للبائع من ثمن العقار ، ونقيس

ذلك على حالة ما إذا كان التصرف قد صدر من المشتري طبقاً لأحكام المادة ٩٤٧ مدني على ما سئرى (١) ، فضلاً عن أنه يوجد نص صريح في هذا المعنى في خصوص حق الرهن الرسمي (٢) ، وفي خصوص حق الاختصاص (٣) ، وفي خصوص حقوق الامتياز (٤) .

٢٤٩ - الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب

المشتري قبل تسجيل إعماله الرغبة في الشفعة : والمفروض هنا أن الحقوق العينية قد ترتبت على العقار المشفوع فيه على الوجه الذي سبق بسطه (٥) ، من جانب المشتري ، لا من جانب البائع كما كان الأمر فيما تقدم . فاذترتبت هذه الحقوق العينية قبل تسجيل إعلان المشتري بطلب الشفعة ، فإنها تسرى في حق الشفعيع كما يستفاد بطريق الدليل العكسي من المادة ٩٤٧ مدني سالفه الذكر (٦) .

ويتخذ أنصار الرأي القائل بأن حكم الشفعة منشيء لحق الشفعيع وبأن المشتري يبقى ما لكا للعقار المشفوع فيه حتى صدور هذا الحكم من هذه القاعدة دليلاً على صحة ما يذهبون إليه . فعندهم أنه ما دامت تصرفات المشتري في الفرض المتقدم تسرى في حق الشفعيع ، فليس ذلك إلا لأن المشتري يعتبر مالكا للعقار وقد تصرف فيه فسرى تصرفه في حق الشفعيع (٧) . وهذا الدليل لا يستقيم ، إذ لو تمسكنا به لتج عنه أن المشتري وقد بقي ما لكا للعقار المشفوع

(١) أنظر مايل فقرة ٢٥٠ - وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٦ ص ٤٩٩ .

(٢) أنظر م ١٠٥٦ مدني : « يستوفى الدائنون المرتنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار الموهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار » .

(٣) أنظر م ١٠٩٥ مدني : « ويرى على الاختصاص مايسرى على الرهن من أحكام » .

(٤) أنظر م ١١٣٤ مدني : « تسرر على حقوق الامتياز الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا يتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق » .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٢٤٧ .

(٦) أنظر آنفاً فقرة ٢٤٦ .

(٧) شفيق شحاته فقرة ٢٧٦ ص ٢٨٥ - ص ٢٨٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٧٠

ص ٤٨٠ - ص ٤٨١ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٣٢٩ ص ٥٠٢ - منصور مصطفى منصور

فقرة ١٥٢ ص ٣٠٩ .

فيه إلى وقت صدور حكم الشفعة وفقا لما يقول به أنصار هذا الرأي : كان ينبغي أن تسرى تصرفاته في حق الشفع ، ليس فحسب التصرفات الصادرة قبل تسجيل إعلانه بطلب الشفعة ، بل أيضا التصرفات الصادرة بعد تسجيل هذا الإعلان إذا تمت قبل صدور حكم الشفعة . وهذا ما يخالف صريح نص المادة ٩٤٧ مدني . هذا إلى أنه يمكن في كثير من اليسر تبرير نفاذ تصرفات المشتري في حق الشفع إذا صدرت قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة للمشتري بغير التجاء إلى فكرة أن المشتري يبقى مالكا للعقار المشفوع فيه ، فقد قدمنا أن المشتري ، بعد أن يأخذ الشفع بالشفعة . يعتبر منذ إبرام البيع حائزا للعقار المشفوع فيه . ويكون بمثابة المالك الظاهر للعقار ، وكل من يتعامل معه قبل تسجيل إعلانه بطلب الشفعة يكون حسن النية إذا حسب ما لكا . ذلك بأن هذا الغير الذي يتعامل معه لا يستطيع أن يكشف من سجلات الشهر العقاري ، قبل تسجيل هذا الإعلان ، عن أنه مطلوب منه الأخذ بالشفعة ، فيكون الغير حسن النية إذا تعامل معه على أساس أنه هو المالك وأن ملكيته غير مهددة . ومن ثم يكون المشتري ، إلى حين تسجيل الإعلان ، في مركز المالك الظاهر الذي يتعامل مع الغير حسن النية ، فينفذ تعامله في حق المالك الحقيقي وهو هنا الشفع . ويرجع الشفع على المشتري بقاعدة الإثراء بلا سبب . شأن كل مالك حقيقي عند ما يرجع على المالك الظاهر الذي تسرى تصرفاته في حقه . فاذا ما سجل إعلان الشفع للمشتري بطلب الشفعة ، فإن من يتعامل مع المشتري بعد هذا التسجيل لا يعتبر حسن النية . إذ كان يمكنه أن يعرف من تسجيل الإعلان أنه يتعامل مع مشتري مطلوب منه الأخذ بالشفعة فملكته مهددة بالزوال ، وعلى ذلك لا ينفذ تعامله مع هذا المشتري في حق المالك الحقيقي أى في حق الشفع .

ونرى من ذلك أن الحقوق العينية التي تترتب من جانب المشتري ، قبل تسجيل إعلان الشفع للمشتري بطلب الشفعة ، تسرى في حق الشفع . فاذا باع المشتري العقار المشفوع فيه وسجل المشتري من المشتري عقد شرائه قبل تسجيل الإعلان ، فإن البيع الثاني ينفذ في حق الشفع وينسخ البيع الأول ، ولا يأخذ الشفع بالشفعة إلا في البيع الثاني بشئ وفي مواعيد وطبقا لشرطه .

وقد قدمنا أن هذا صحيح أيضا ، طبقا للمادة ٩٣٨ مدني ، حتى لو لم يسجل المشتري من المشتري عقد شرائه ، ما دام قد صدر له البيع قبل تسجيل إعلان الرغبة (١) . وكذلك إذا قاىض المشتري ، بعد الشراء ، على العقار أو وهبه ، وسجلت المقايضة أو الهبة قبل تسجيل الرغبة ، فانها تسرى في حق الشفيع ، فلا يستطيع الأخذ بالشفعة لأن الشفعة لا تجوز لا في المقايضة ولا في الهبة (٢) . وإذا رتب المشتري حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار المشفوع فيه ، وسجل صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق التصرف الصادر إليه قبل أن يسجل الشفيع إعلان الرغبة ، فإن الشفيع يأخذ العقار بالشفعة عملا بحق الانتفاع أو بحق الارتفاق ، وفي هذه الحالة يرجع على المشتري بمقاعدة الإثراء بلا سبب ، أو بالتعويض إذا صدر التصرف من المشتري بعد إعلانه برغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة وقبل تسجيل هذا الإعلان .

وإذا رتب المشتري على العقار المشفوع فيه رهنا رسميا أو رهنا حيازيا ، أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق امتياز يكفل ديناً في ذمته ، وقيد الدائن حقه قبل أن يسجل الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، فإن هذا الحق يسرى على الشفيع ، ويأخذ العقار بالشفعة مثقلا به ، ويرجع على المشتري بمقاعدة الإثراء بلا سبب أو بالتعويض .

٢٥٠ - الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب

المشتري بعد تسجيل إعماله الرغبة في الشفعة : وهذا هو الفرض الذي تواجهه مباشرة المادة ٩٤٧ مدني سالفه الذكر (٣) . فهي تقرر أن الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب المشتري ، بعد تسجيل إعلان الرغبة ، لا تسرى في حق الشفيع . وقد قدمنا أن السبب في ذلك أن المشتري ، ولو أنه يعتبر مالكا ظاهرا ، إلا أنه يتعامل في العقار بعد تسجيل إعلان الرغبة ، فلا

(١) أنظر آنفا ص ٥٢٣ - ص ٥٢٤ .

(٢) ولكن يجوز لشفيع أن يطن في هذه التصرفات بالصورية ، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، فإذا ثبتت الصورية لم تسر التصرفات في حقه (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ١٠ ص ٤٩٨) .

(٣) أنظر آنفا فقرة ٢٤٦ .

يعتبر من يتعامل معه حسن النية إذ كان يمكنه أن يكشف من سجلات الشهر العقاري عن حقيقة مركز المشتري .

وعلى ذلك إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة ، لم يسر في حق الشفيع البيع الثاني الصادر إلى المشتري من المشتري . ويأخذ الشفيع بالشفعة في البيع الأول ، بشئته وفي مواعيده وطبقا لشروطه . والمقروض أنه سجل طلب الشفعة في هذا البيع ، فيتمضي في إجراءات الشفعة إلى غايتها (١) وذلك لا يمنعه . إذا رأى أن شروط البيع الثاني أيسر أو أن الثمن فيه أقل ، من أن يتزل عن طلب الشفعة في البيع الأول ، ويطلبها في البيع الثاني بشئته وفي مواعيده وطبقا لشروطه (٢) . وكذلك الحكم فيما إذا قاىض المشتري على العقار المشفوع فيه أو وهبه بعد تسجيل إعلان الرغبة ، فلا تسرى المقايضة أو الهبة في حق الشفيع ، ويستمر في الأخذ بالشفعة في البيع الأول .

وإذا رتب المشتري حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار المشفوع فيه ، وذلك بعد تسجيل إعلان الرغبة ، لم يسر هذا الحق على الشفيع ، ويأخذ هذا الأخير العقار بالشفعة خاليا من حق الانتفاع أو حق الارتفاق .

وإذا رتب المشتري على العقار المشفوع فيه رهنا رسميا أو رهنا حيازيا ، أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق امتياز يكفل ديناً في ذمته ، وكان ذلك بعد تسجيل إعلان الرغبة ، لم يسر هذا الحق على الشفيع ، ويأخذ هذا الأخير العقار بالشفعة خاليا منه (٣) . وفي هذه الحالة يحتفظ الدائن بحق

(١) أنظر آنفاً ص ٥١٩ . وقد قضت محكمة النقض بأن الشفعة في العقار المبيع على شرط اختيار الغير تخضع لأحكام هذا النوع من البيع ، تكلها وتحدد أحكام الشفعة . ولما كان من المقرر أن الشفيع لا يحتاج إلى حق اكتسبه الغير ضد المشتري بعد تسجيل إنذار الشفعة ، وكان إنذار الشفعة قد سجل في هذه الحالة قبل الإنذار الملحق للشفيع الذي يثبت به تاريخ الاتفاق الحاصل بين المشتري والغير ، وهو الإنذار الذي يعتبر إعمالاً لحق اختيار الغير ، فلا يجوز الاحتجاج على الشفيع بما يترتب من حقوق على هذا الاختيار . ويكون الحكم الذي يقضى بعدم جواز الإحتجاج على الشفيع بما يترتب على هذا الاختيار من حقوق لمن أدخلوا في الشراء وبالتالي عدم سقوط حقه في الشفعة لإدخالهم في الدعوى بعد الميعاد المقرر في القانون ، حكماً قائماً على أساس قانون صحيح (نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٥٠ الحامدة ٣١ رقم ٤٥ ص ٨٤) .

(٢) أنظر آنفاً ص ٥١٩ .

(٣) استئناف مخطط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٣٨ .

الأولوية على مال للمشتري من ثمن العقار فيما إذا كان المشتري قد دفع الثمن للبائع ويريد تقاضيه من الشفيع ، فإن هذا الدائن الذي قيد حقه بتقديم على دائمي المشتري العاديين في الثمن الذي يكون في ذمة الشفيع للمشتري أو في الثمن الذي أودعه الشفيع خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة (١) . وفي ذلك تقول العبارة الأخيرة من المادة ٩٤٧ مدني كما رأينا (٢) « ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار » .

الفصل الرابع

الحيازة *

(Possession)

تمهيد

٢٥١ - تعريف الحيازة وتكييفها القانوني : كان المشروع التمهيدى

(١) ويبنى بعض الفقهاء حق الأولوية لدائن المقيّد على أساس أن الثمن حل محل العقار حلولا عينياً (شفيع شحانة فقرة ٢٧٣ على ٢٨٣ - منصور مصطفي منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٥) . ويذهب بعض آخر إلى أن حق الأولوية إنما هو تطبيق لقواعد العامة في حق الأولوية ، إذ أن هذا الحق لا يقتصر على الثمن المتحصل من البيع الجبري ، بل يمتد إلى كل مقابل نقدي لشيء محل الحق (إساعيل غانم ص ٨٧ - ص ٨٨ - شمس الدين الوكيل في التأمينات فقرة ٩٠ - فقرة ٩١ - حسن كيرة ص ١٩) .

أما إذا كان المشتري لم يدفع الثمن إلى البائع ، فإنه يجب على الشفيع أن يدفع هو الثمن مباشرة إلى البائع ، وهو ملزم على كل حال بإيداعه لحسابه في خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة . وعلى ذلك لا يكون الشفيع معيّناً بالثمن للمشتري ، ومن ثم لا محل لأن يكون لدائمي المشتري المقيدين حق الأولوية على الثمن (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٨ ص ٥٠٥ - محمد علي حرفة ٢ فقرة ٢٩٦ ص ٤٩٩ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٧٦) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٤٦ .

• مراجع : Savigny في الحيازة (في القانون الروماني) ترجمة Staedtler الطبعة السابعة

سنة ١٨٦٥ - ghering في أساس حماية الحيازة (Fondement de la protection possessoire) سنة ١٨٦٥ - وفي دور الإدارة في الحيازة (Role de la volonté dans la possession) سنة ١٨٩١ - ترجمة Esmein - Meulenaere في نظريات الحيازة في ألمانيا في المجلة التاريخية الجديدة سنة ١٨٧٧ - Saleilles في العناصر المكونة للحيازة سنة ١٨٩٤ - حيازة المنقول سنة ١٩٠٧ - وفي المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٣ ص ٥٩٢ وسنة ١٩٠٤ ص ٩٣ - Duquesne في التمييز ما بين الحيازة (possession) والإحراز أو السيطرة المادية (détention) في القانون الروماني رسالة من باريس سنة ١٨٩٨ - Cornil في الحيازة سنة ١٩٠٥ - Schwab في النظرية المادية في الحيازة رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ - Ferradou في دور الحيازة في القانون الفرنسي الحديث رسالة من يوردوسنة ١٩٢٨ .

التفتين المدني الجديد يتضمن نصا يعرف الحيازة، هو نص المادة ١٣٩٨ من هذا المشروع، وكان يجرى على الوجه الآتي: «الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه، أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق». وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الخصوص ما يأتى: «الحيازة هى سيطرة فعلية على شيء أو حق، فتجوز حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحقوق الرهن المختلفة، كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية» (١). وقد حذفت هذه المادة في لجنة مجلس الشيوخ «لأنها تتضمن تعريفا تغلب عليه الصيغة الفقهاء» (٢).

وبخلص من هذا التعريف أن الحيازة وضع مادي ينجم عن أن شخصا يسيطر سيطرة فعلية على حق، سواء كان الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن. والسيطرة الفعلية على الحق تكون باستعماله عن طريق أعمال مادية يقتضيها مضمون هذا الحق. فإن كان حق ملكية، اختلط الحق بالشيء محل الحق، وقد انتقل هذا الاختلاط إلى القانون الحديث من القانون الرومانى، فيقال إن الشخص يسيطر سيطرة فعلية على الشيء نفسه محل حق الملكية. وتكون السيطرة الفعلية هنا عن طريق أعمال مادية وهى الأعمال التى يقوم بها المالك عادة في استعماله لحق الملكية، فيستعمل الشيء ويستغله ويتصرف فيه تصرف المالك. فالشخص يكون حائزا لحق الملكية، أو للشيء محل هذا الحق، متى استعمل بالنسبة إليه حقوق المالك، فيسكنه مثلا أو يؤجره إذا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٨ في الهامش وص ٤٥٠ - وقد وافقت لجنة المراجعة على هذا النص تحت رقم ١٢٠٣ في المشروع البنائى. ووافق عليه مجلس النواب مع تعديل لفظي طفيف تحت رقم ١٠٢٠. وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض رئيس اللجنة على هذا التعريف «لأنه تعريف ناقص، ويتقصه ركن نية التملك، إذ تناول الحيازة المادية فقط وترك الحيازة بنية التملك. وقد أثار هذا الاعتراض مناقشة طويلة، ورؤى بعدها حذف النص لأن ذلك أنسب من الوجهة التشريعية». وجاء في تقرير اللجنة ما يأتى «رأت اللجنة حذف هذه المادة لأنها تتضمن تعريفاً تغلب عليه الصيغة الفقهاء». ووافق مجلس الشيوخ على حذف المادة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٩ في الهامش).

(٢) وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٤٥ مدع عراق على أن «الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه، أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق».

كان داراً ، ويزرعه أو يعطيه لمن يزرعه بالإيجار أو بالمزارعة إذا كان أرضاً زراعية ، وبحرزه وينتفع به بحسب ما تقتضيه طبيعته إذا كان سيارة أو كتاباً أو مأكولاً أو مشروباً ، ويتصرف فيه بالبيع أو الهبة أو الرهن أو غير ذلك من التصرفات التي تجوز للمالك . وذلك كله سواء كان هذا الشخص يملك الشيء حقيقة أو لا يملكه ، فلسنا في صدد حق الملكية ، بل في صدد الحياة المادية لهذا الحق ، أى في صدد استعمال هذا الحق استعمالاً فعلياً . وإذا لم يكن الحق محل الحياة حق ملكية ، كأن كان حق ارتفاق بالمرور أو بالشرب أو بالمجرى مثلاً ، فإن حيازته تكون باستعماله فعلاً ، فيمر الحائر في أرض الحار أو يأخذ الماء من مروي لجاره لرى أرضه أو يأخذه من ترعة عامة ويجعله يجري في أرض جاره حتى يصل إلى أرضه لريها ، وذلك كله سواء كان قد كسب حق الارتفاق بسبب من أسباب كسبه أو لم يكسبه أصلاً . وما يقال في حق الارتفاق يقال أيضاً في حق الانتفاع ، وفي غير حق الارتفاق وحق الانتفاع من الحقوق الأخرى .

والحياة ، على هذا التعريف ، ليست بحق عيني أو حق شخصي ، بل هي ليست حقاً أصلاً . فهي كالشفعة ليست بحق ، ولكنها سبب لكسب الحق . وتختلف عن الشفعة في أن الشفعة واقعة مركبة كما سبق القول ، أما الحياة فتكفيها القانوني أنها واقعة مادية بسيطة (*pur fait matériel*) تحدث آثاراً قانونية^(١) . وإذا سائرنا المذهب الشخصي في الحياة على ما سيجيء ، وقلنا إن هناك عنصراً معنوياً للحياة هو القصد (*animus*) - قصد التصرف كمالك أو قصد استعمال الحق محل الحياة - فليس المراد بالقصد هنا إرادة كسب الحق محل الحياة^(٢) ، بل المراد أن تكون الأعمال المادية التي يقوم بها الحائر مصحوبة بقصد استعمال حق معين . ومؤدى ذلك أن تكون أعمال

(١) انظر آنفاً فقرة ١ - بلانويل وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٣ ص ١٥٨

هامش ٢ .

(٢) وإلا كانت الإرادة هنا تصرفاً قانونياً . وحق لوسلنا بذلك ، لأن القول بأن التصرف القانون قد اختلط بواقعة مادية هي الحياة المادية أو السيطرة الفعلية . فتكون الحياة واقعة مختلطة *fait mixte* عنصر الواقعة المادية فيها هو المتقلب : فتدخل في نطاق الوقائع المادية .

الحائز أعمالاً قصدية ، وهذا لا يخرجها عن أن تكون أعمالاً مادية محضة ، وهى أعمال اختيارية قصد بها صاحبها أن تحدث آثارها القانونية . أما إذا قلنا مع المذهب المادى إن القصد ينصب على الحياة المادية فى ذاتها كما سئرى ، فإن هذا يكون أشد دلالة على أن القصد لا يخرج أعمال الحائز عن أن تكون أعمالاً مادية محضة . ومن ثم تكون الحياة ، فى كل من المذهبين ، واقعة مادية بسيطة من شأنها أن تنتج آثاراً قانونية ^(١) كما سبق القول .

٢٥٢ - تطور الحياة لتطبق على جميع الحقوق : بدأت الحياة فى

القانون الرومانى سيطرة فعلية يباشرها الحائز على شئ مادى على اعتبار أنه مالك لهذا الشئ ، فيحرزه لإحرازاً مادياً ويباشر عليه سلطة المالك . فكانت الحياة ، على هذا النحو ، استعمالاً لحق الملكية على شئ مادى . ولما كان حق الملكية عند الرومان يختلط بالشئ المادى ، فقد كان الرومان يصورون الحياة على أنها تقع على الشئ المادى ذاته ، يتصرف فيه الحائز تصرف المالك فيستعمله ويستقله ويتصرف فيه ويستهلكه . فكانت الحياة سلطة مادية محضة ، لا تنطبق إلا على الأشياء المادية . ثم تطور القانون الرومانى ، فأخذ يعترف ، إلى جانب هذه الحياة للأشياء المادية (*possessio rei*) ، بنوع آخر من الحياة ، هى حياة حق الارتفاق أو حق الانتفاع ، أى استعمال حق الارتفاق أو حق الانتفاع على شئ استعمالاً فعلياً ، وسمى هذا النوع من الحياة بحياة الحق أو شبه الحياة (*possessio juris, quasi-possessio*) .

وبقى هذا التمييز ما بين الحياة وتنطبق على الأشياء المادية ، وشبه الحياة وتنطبق على حق الارتفاق وغيره من الحقوق العينية ، قائماً فى القانون الفرنسى القديم . ونجده قائماً حتى فى آخر عهود هذا القانون عند بوتيه ، وهو يميز بين الحياة وشبه الحياة ^(٢) .

(١) أنظر فى ترتيب مصادر الحقوق العينية وحصرها فى العمل المادى والتصرف القانونى الوسيط ١ طبعة ثانية فقرة ٣٣ ص ١٤٤ هامش ١ - وأنظر أوبرى وروو فقرة ١٧٧ ص ١٠٩ - ص ١١٠ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٠٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٢ ص ١٥٨ هامش ٢ - مارك ورينو فقرة ٢٧ .
(٢) بوتيه فى الحياة فقرة ٣٧ - فقرة ٣٨ - وأنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٢ ص ١٤٩ هامش ٢ .

وعند وضع التقنين المدني الفرنسي (تقنين نابليون) ، قضى واضعوه على هذا التمييز ، وجعلوا الحيازة وشبه الحيازة شيئا واحدا هو الحيازة . ذلك بأن حيازة الشيء المادى ليست إلا حيازة حق الملكية على هذا الشيء ، فهى لا تخرج إذن عن أن تكون حيازة لحق من الحقوق ، هو حق الملكية . ولما كان شبه الحيازة هو حيازة حق عيني آخر غير حق الملكية ، فقد تلاقت الحيازة وشبه الحيازة فى أن كلا منهما هو حيازة لحق عيني ، حق الملكية أو حق عيني آخر . فلا محل إذن للتمييز بين الحيازة وشبه الحيازة ، ويمكن تسمية كل منهما بالحيازة . وهذا ما فعلته المادة ٢٢٢٨ من التقنين المدني الفرنسي إذ عرفت الحيازة ، وأدخلت فى نطاقها حيازة الشيء المادى أى حيازة حق الملكية وشبه الحيازة أى حيازة الحقوق العينية الأخرى ، فقالت : « الحيازة هى إحراز شيء أو استعمال حق ، نحرزه أو نستعمله بأنفسنا أو بواسطة شخص آخر يحرزه أو يستعمله بالنيابة عنا » (١) .

ووقف تطور الحيازة عند هذا الحد فى فرنسا . فالحيازة فى القانون الفرنسي هى استعمال حق الملكية أو حق من الحقوق العينية الأخرى ، كحق الارتفاق أو حق الانتفاع أو حق رهن الحيازة (٢) ، على شيء معين استعمالا فعليا ، بما يقتضيه هذا الاستعمال من أعمال تتفق مع طبيعة الحق العيني المستعمل ، وبما يصحب هذه الأعمال من قصد إلى استعمال هذا الحق . ويستوى فى ذلك أن يكون الحائر للحق يملك هذا الحق فعلا أو لا يملكه ، فلكية الحق العيني شيء وحيازته شيء آخر . واستقر القانون الفرنسي على أنه لا يخضع للحيازة ، ما يأتى : (١) الحقوق الشخصية ، إذ لا يخضع للحيازة إلا الحقوق العينية كما سبق القول . فالمستأجر والمستعير ليس لأى منها حق عيني فى العين المؤجرة أو الشيء المعار ، وليس له إلا حق شخصى قبل المؤجر أو المعبر ،

(١) بودرى وتيسيه فقرة ١٩٣ - فقرة ١٩٦ - بلانويل ديريير وبيكار ٣ فقرة ١٤٣ - وانظر مشروع التقنين المدني الفرنسي فى السنة الثامنة للثورة الفرنسية ، وكان أكثر صراحة فى هذا المعنى (Fenet ٢ ص ٤٠٥ م ٩٠ و ١٠) .

(٢) ويستثنى من الحقوق العينية حق الرهن الرسمى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز ، فهذه بطبيعتها غير قابلة للحيازة (أنظر بودرى وتيسيه فقرة ٢٠٠ ص ١٦٣ هامش ٢ - كولان وكايتان ودى لاموراندوير ١ فقرة ١١٦٣ ص ٩٤٧) .

ولا يجوز أن يكون هذا الحق الشخصي محلاً للحيازة . وإنما يجوز المستأجر أو المستعير العين المؤجرة أو الشيء المأجر حيازة مادية محضة ، والحيازة الصحيحة هي للمؤجر أو المعير مباشرة باسمه ونياية عنه المستأجر أو المستعير . وما يقال عن « حيازة الحق الشخصي » ، (possession de la créance) ليس حيازة بالمعنى الصحيح ، وإنما هو تعبير مجازي عن مركز « الدائن الظاهر » ، فمن يظهر أمام الناس أنه هو الدائن يكون بمثابة الحائز للحق الشخصي الذي يدعيه ، ولكن لا تنطبق عليه قواعد الحيازة . وذلك ما لم يتجسد الحق الشخصي في السند المثبت له كالسندات لحاملها ، فعند ذلك يعتبر الحق الشخصي منقولاً مادياً ويخضع للحيازة . (٢) الأموال العامة ، فهذه لا يصح أن تكون محلاً لحق خاص ، ومن ثم لا تخضع للحيازة . على أن ذلك ليس على إطلاقه ، فالدولة والأشخاص المعنوية العامة الأخرى تحميها دعاوى الحيازة في أموالها العامة ، وكذلك من يحصل على ترخيص (concession) في استعمال المال العام تحميها دعاوى الحيازة ضد الغير لا ضد الجهة الإدارية المرخصة (le concédant) . ولكن لا يجوز حيازة الأموال العامة بحيث تؤدي هذه الحيازة إلى تملكها بالتقادم ، فإن الأموال العامة غير قابلة للتملك بالتقادم . (٣) المجموع من المال (universalité) كالتركة والمتجر (fonds de commerce) ، لا يخضع للحيازة باعتباره مجموعاً ، وإن كانت الأعيان التي تكون هذا المجموع تجوز حيازتها كل عين على حدة (١) .

ولكن تطور الحيازة لم يقف عند هذا الحد في البلاد الجرمانية . فالتقنين المدني الألماني والتقنين المدني السويسري ، متأثرين بالنظرية المادية للحيازة وهي النظرية التي قال بها إهرنج على ماسنري ، ملأ الحيازة حتى شملت الحقوق الشخصية دون أن تقتصر على الحقوق العينية . فالمستأجر مثلاً ، في هذين التقنينين ، يعتبر حائزاً لحقه الشخصي قبل المؤجر بالنسبة إلى العين المؤجرة ،

(١) أنظر في ذلك نقض فرنسي ٢٦ يناير سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٤ - ١ - ١١٢ -
أدريورو ٢ - ١٧٨ - بودري وتيسيه فترة ٢٠٠ - فترة ٢٠١ - بلانول وريير
ويكار ٢ - ١٤٤ - بلانول وريير وبولانجه ١ - فترة ٢٧٦٣ - مازو فترة ١٤١٦ .

وتحميه في حيازته هذه دعاوى الحيازة . وسرى أن التقنين المدني المصري الجديد سار شوطا بعيدا في هذا الطريق (١) .

٢٥٣ - ما استخرته التقنين المدني الجديد في موضوع الحيازة : ولم يعرض التقنين المدني السابق لموضوع الحيازة بوجه عام ، بل اقتصر على إيراد بعض آثارها ، وخاصة في التقادم وفي تملك المنقول بالحيازة ، دون أن يورد هذه الآثار كاملة . أما التقنين المدني الجديد فقد غنى بموضوع الحيازة عنابة تامة ، فأفرد لها مكانا خاصا ، وأورد أحكامها العامة في نصوص مستحدثة . ثم بين ما يترتب عليها من الآثار ، ومن أهم هذه الآثار كسب الملكية ، ومن هنا وضعت الحيازة في مكانها بين أسباب كسب الملكية (٢) .

٢٥٤ - تقسيم الموضوع : ونبحث الحيازة في قسمين : (١) الحيازة بوجه عام . (٢) والحيازة باعتبارها سببا لكسب الملكية .

الترع الأول

الحيازة بوجه عام

٢٥٥ - كسب الحيازة وانتقالها وزوالها - حماية الحيازة في زوالها والصوت بين الحيازة والملكية : تكسب الحيازة ، وتنقل من حائز إلى آخر ، وتزول ، كل ذلك على الوجه الذي رسمه القانون .

(١) أنظر مايل فقرة ٢٦٧ .

(٢) ونقول المذكورة الإيضاحية المشروع التمهيدى ، في خصوص ما جاء في المشروع متعلقاً بالحيازة من حيث أحكامها العامة ومن حيث الآثار التي تترتب عليها ، ما يأتي : « والحيازة ، من حيث أحكامها العامة ، وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه . وترد الحيازة على الأشياء المادية والحقوق المعنوية على السواء . وتكسب بأعمال يقوم بها هذا الوضع المادي ، وتنقل بالاتفاق مصحوباً بالتسليم ، وتزول بزوال السيطرة الفعلية . وقد اتخذ المشروع من الحيازة وسيلة لإثبات حق الملكية ، وخلص إلى ذلك بفريتين متواليتين ، جعل في الأولى الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية ، وجعل في الثانية الحيازة القانونية قرينة على الملكية . ووضع قواعد عملية المفصلة بين المتنازعين على الحيازة . والحيازة ، من حيث الآثار التي تترتب عليها ، تصلح قرينة على الملكية كما تقدم . وتكسب الملكية فعلا بالتقادم الطويل في العقار والمنقول . فإن اقتصرت بحسن النية واستندت إلى سبب صحيح ، فإنها تكسب ملكية العقار بالتقادم القصير ، وملكية المنقول في الحال . ويملك الحائز ، في كل الفروض ، ثمار العين إذا كان حسن النية » (مجموعة الأعمال التشريعية ص ٤٤٧) .

ويعمى القانون الحيازة في ذاتها ، ولو كان الحائز غير مالك . ويرجع ذلك إلى سبين : (السبب الأول) أن الحائز هو الذى يسيطر سيطرة فعلية على المال الذى يقع في حيازته ، فيجب لاعتبارات تتعلق بالأمن العام أن تبقى له هذه السيطرة ، فلا يعتدى أحد عليها ولو كان هو المالك للمال . وعلى المالك أن يلجأ إلى الطرق التى رسمها له القانون لاسترداد ماله من الحائز ، فالقانون يحمى الحيازة كما يحمى الملكية ، وقد جعل لحماية كل من الحيازة والملكية طرقها الخاصة . ولا يجوز للمالك أن ينتزع ماله من الحائز عنوة وقهرا ، فينتصف لنفسه بنفسه ، ويعيكر صفو السلام والأمن العام . بل يجب عليه ، إذا لم يرد الحائز إليه ماله طوعا ، أن يسترده عن طريق القضاء وفقا للإجراءات التى رسمها القانون في ذلك (*spoliatus ante omnia restituendus*) (١) .

(والسبب الثانى) أن الحائز للمال ، فى الكثرة الغالبة من الأحوال ، يكون هو المالك له . وأول مزايا الملك أن يحوز المالك المال الذى يملكه ، وقل أن يوجد مالك لا يحوز ملكه بنفسه أو بوساطة غيره . لذلك يفرض القانون مبدأ أن الحائز هو المالك ، فيحمى الملكية عن طريق حماية الحيازة (٢) . ومن أجل ذلك كانت الحيازة قرينة على الملكية ، ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس .

ففى الأحوال القليلة التى لا يحوز فيها المالك ماله بنفسه أو بوساطة غيره ، وتكون الملكية فى يد والحيازة فى يد أخرى ، أباح القانون للمالك ، بعد أن يقيم الدليل على ملكيته ، أن ينتزع ماله من يد الحائز بالطرق المرسومة لذلك . فحماية الحيازة فى ذاتها إنما هى حماية للملكية ، ولكنها حماية مؤقتة إلى أن يقوم الدليل على أن الحائز لا يملك المال الذى فى حيازته ، فعندئذ يرد المال إلى مالكه (٣) .

ونتكلم فى الحيازة بوجه عام فى مبحثين ، نجعل المبحث الأول منهما فى كسب الحيازة وانتقالها وزوالها ، ونجعل المبحث الثانى فى حماية الحيازة فى ذاتها والعلاقة بين الحيازة والملكية .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٢٠٨ - فقرة ٢٠٩ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٦٤ - مازو فقرة ١٤١٤ - مارتى وريينو فقرة ١٤ ص ٢٢ - كاربونيه ص ١٤٣ .

(٢) إهرنج فى أساس حماية الحيازة ص ٨ - بودرى وتيسيه فقرة ٢١٠ - فقرة ٢١١ .

(٣) أوبرى وروو فقرة ١٧٧ ص ١٠٩ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٠٧ - فقرة ٢١٢ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٦٤ - مازو فقرة ١٤١٣ - مارتى وريينو فقرة ١٤ - كاربونيه ص ١٤٣ .

المبحث الأول

كسب الحيازة وانتقالها وزوالها

المطلب الأول

كسب الحيازة - الحيازة بحسن نية والحيازة بسوء نية

٢٥٦ - المثل الذى يتناولها البحث : الحيازة تتكون من عنصرين ، وكسب الحيازة يكون بالجمع ما بين هذين العنصرين . وحتى تكون الحيازة منتجة لآثارها ، وبخاصة حتى تجوز حمايتها بدعاوى الحيازة وحتى تكون سبيل الكسب للملكية سواء بنفسها أو عن طريق التقادم ، يجب ألا تكون مشوبة بعيب . والحيازة إذا اقترنت بحسن النية ، كانت أبعد مدى في آثارها عما لو لم تكن مقترنة بحسن النية . فنبحث إذن المسائل الآتية : (١) عنصرى الحيازة . (٢) عيوب الحيازة . (٣) الحيازة بحسن نية والحيازة بسوء نية .

§ ١ - عنصرى الحيازة

(Eléments de la possession)

٢٥٧ - **العنصر المادى والعنصر المعنوى** : الحيازة ، كما قدمنا ، تتكون من عنصرين ، أحدهما مادى وهو الإحراز أو السيطرة المادية (corpus) ، والثانى معنوى وهو القصد (animus) (١) .

١ - العنصر المادى - السيطرة المادية

٢٥٨ - كيف تحقق السيطرة المادية : قد تتحقق السيطرة المادية ابتداء ، وقد تتحقق هذه السيطرة انتقالا من الغير . وقد يباشر الشخص السيطرة المادية بنفسه وهذا هو الأصل ، وقد يباشرها بواسطة الغير . وتجوز مباشرة السيطرة (١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « والحيازة ، بعد توافر شروطها ، عنصران : عنصر مادى هو السيطرة المادية ، وعنصر معنوى هو نية استعمال حق من الحقوق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥١) .

وكما أن الحيازة لا تقوم على مجرد العنصر المادى دون العنصر المعنوى ، كذلك لا تقوم على مجرد العنصر المعنوى دون العنصر المادى (نقض فرنسى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ سيريه ١٩٤٩ - ١ - ٤٥ - مازو فقرة ١٤١٩) .

المادية على الشيوع . ثم إذا تحققت السيطرة المادية . فانه يجب على الحائز استبقاؤها .

فهذه حلة من المسائل ، نستعرضها على التعاقب .

٢٥٩ - كيف تنفص السيطرة المادية ابتداء : هنا نواجه الفرض الذى .

يسيطر فيه الشخص سيطرة مادية على الشيء دون أن تنتقل إليه هذه السيطرة من غيره ، فهو يسيطر على الشيء ابتداء . ويستوى في ذلك أن يكون الشيء مملوكا لشخص آخر أو غير مملوك لأحد (١) ، وأن يكون عقارا أو متقولا . فالحائز يحرز الشيء ويسيطر عليه ، دون أن يستمد هذه السيطرة من أحد .

وتتحقق السيطرة المادية في هذا الفرض بأن يحرز الحائز الشيء في يده إحرارا ماديا ، ويباشر فيه من الأعمال المادية ما يباشره المالك عادة في ملكه . فإذا كان الشيء دارا ، دخل فيها واستحوذ عليها ، وسكنها أو أسكن فيها غيره بالإيجار مثلا فيسيطر عليها بواسطة المستأجر كما سيجيء . وإذا كان الشيء أرضا زراعية ، احتلها وزرعها بنفسه أو بواسطة غيره من مزارع أو مستأجر (٢) وإذا كان متقولا كسيارة أو كتاب ، أحرز المتقول وجعله في قبضته ، وباشر عليه من الأعمال المادية ما يباشره المالك عادة . هذا كله إذا كان الحائز يستعمل حق الملكية على الشيء ، فإذا كان يستعمل حقا آخر ، كحق انتفاع أو حق ارتفاق ، فالسيطرة المادية على هذا الحق تكون باستعماله عن طريق الأعمال المادية التى يقتضيها استعماله . فان كان ارتفاق مرور مثلا أو ارتفاق شرب ، كانت السيطرة المادية عليه بالمرور فعلا في المكان المراد إستعمال الحق فيه ، أو بأخذ المياه فعلا من مرمى الحار (٣) .

(١) فان كان غير مملوك لأحد ، كانت حياته استيلاء (occupation) ، فيكسب الحائز ملكية الشيء فوراً عن هذا الطريق .

(٢) ولكن مجرد أخذ أثرية أو سبخ من الأرض مرة أو أكثر لا يكتفى لتحقيق الحيازة (استئناف مصر ٨ يناير سنة ١٩٣٩ الحاماة ٢ رقم ١٧٧ ص ٤٦٥ - استئناف مخطط ٨ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٩٢) . وكذلك لا يكتفى لتحقيق ببرد دفع الضرائب المستحقة على العقار (استئناف مخطط ٢٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٣٦) .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ١٩٦ ص ١٥٤ .

ولابد ، في القرض الذي نحن بصدده ، من عمل مادي إيجابي يستحوذ به الحائز على الشيء . فلا يكفي مجرد التمكن من الاستحواذ ، دون الاستحواذ فعلا . وقبل الاستحواذ الفعلي لا يمكن القول بأن العنصر المادي ، وهو السيطرة المادية ، قد تحقق (١) .

٢٦٠ - كيف تنحصر السيطرة المادية انتقالا من الغير - إمامة : وهنا نواجه فرضا يختلف عن القرض السابق ، في أن الشخص لا يسيطر على الشيء ابتداء كما هو الأمر في القرض السابق ، بل تنتقل إليه السيطرة من شخص آخر كان هو الذي له السيطرة المادية على الشيء ثم نقلها إليه . مثل ذلك أن يبيع شخص عقارا أو متقولا في حيازته لشخص آخر ، ويسلم الشيء المبيع إلى المشتري . ففي هذا المثل كانت السيطرة المادية على الشيء للبائع سواء كان ما لكما للشيء أو غير ما لك ، ثم نقل هذه السيطرة إلى المشتري بتسليمه المبيع له . ولا يشترط في هذا القرض ، كما اشترط في القرض السابق ، الاستحواذ الفعلي على الشيء ، بل يكفي مجرد التمكن من الاستحواذ . فإذا كان المبيع دارا ، فإنه يكفي لنقل السيطرة المادية على الدار للمشتري أن تسلّم له مفاتيحها وسند الملكية ، فتنتقل السيطرة المادية للمشتري بمجرد وضع الدار تحت تصرفه وتمكنه من تسلمها دون حاجة إلى أن يتسلمها بالفعل (٢) . وإذا كان المبيع جواهر أو حليا ، فإن السيطرة المادية على المبيع تنتقل إلى المشتري بتسليمه مفتاح الصندوق أو الخزانة التي تحتوي على الجواهر أو الحلي ، فيتمكن بذلك من الاستحواذ عليها دون حاجة إلى الاستحواذ عليها بالفعل .

(١) ترو لون ققرة ٢٥١ - يودى وتيسيه ققرة ٢١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت أن الأرض المتنازع عليها أرض فضاء وليست من الأراضي التي لم يبق الملك فيها لأحد ، بل هي من الأراضي التي تلقت الحيابة فيها بالتخلي من ملاكها المتعاقبين ، فيكتفى في ثبوت وضع اليد عليها القيام ، مع عدم المنازع ، بإنشاء حدود لها والمرور فيها ودفع الأموال المستحقة عليها . وإذن فالحكم الذي لا يكفي في ثبوت وضع اليد عليها بهذه المظاهر ، بل يشترط تسويرها على الأهل ، يكون حكما غلطاً في تكيف وضع اليد ويتعين نقضه (نقض ملق ١١ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٢ ص ٥٥٤)

وسنبحث هذه المسألة في تفصيل أوفى عند الكلام في انتقال الحيازة ،
فتحيل هنا إلى ما سذكره هناك ^(١) .

٢٦١ - السيطرة المادية بواسطة الغير - نص قانونى : تنص المادة ٩٥١

مدنى على ما يأتى :

١ - « تصح الحيازة بالواسطة ، متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز ،
وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه الانتثار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة » .

٢ - « وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه ، فان
كانت استمرار الحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ
بها » ^(٢) .

(١) أنظر مایل فقرة ٢٩٧ وما بعدها .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٠١ من المشروع التمهيدى على الوجه

الآتى : ١ - « تقوم الحيازة حتى لو باشرها باسم الحائز شخص آخر ، وكان من الممكن

التابع بحيث يكون ملزماً أن يمثل لأوامره فيما يتعلق بالشئ أو الحق الذى ترد عليه الحيازة .

٢ - « وعند الشك يفترض أن الشخص قد حاز لنفسه ، وأنه إذا استمر في حيازته يبق حائزاً

لنفسه » . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة على النحو الآتى : ١ - « كما تصح الحيازة مباشرة

تصح بالواسطة ، متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه الانتثار

بأوامره فيما يتعلق بالشئ أو الحق الواردة عليه الحيازة . ٢ - « وعند الشك يفترض أن

مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه ، فان كانت استمرار الحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار

هو لحساب البادئ بها » . وأصبح رقمها فى المشروع النهائى ١٠٢٦ . ووافق عليها مجلس

النواب تحت رقم ١٠٢٣ . وفى لجنة مجلس الشيوخ دارت مناقشة طويلة فى ورود الحيازة

على الشئ » . وانقسمت الآراء . فرأى ذهب إلى وجوب بقاء هذه الحيازة لأن الحيازة قد

ترد على الشئ دون الحق ، ورأى قال بالخلف لأن الحيازة فى كل صورها تكون على

الحق سواء كان حق انتفاع أو حق ملكية ، وإذا كانت التشريعات الأجنبية تستعمل عبارة

حيازة على الشئ فلا تها تجارى الرأى العام الذى يصرف الحيازة إلى الشئ » . وقد لى الرأى

القائل بالخلف موافقة أغلبية اللجنة . وورد فى تقرير لجنة مجلس الشيوخ : « حذفت

من الفقرة الأولى عبارة : كما تصح الحيازة مباشرة تصح بالواسطة . واستفيض عنها بمباراة

تصح الحيازة بالواسطة . وحذف عبارة : بالشئ أو بالحق الواردة عليه الحيازة . واستفيض

فيها بمباراة : بهذه الحيازة ، لأنها أدق فى الإعراب عن المقصود بالنص ، فالمراد هو أن يأمر

الوسيط بأوامر الحائز بالأصالة فيما يتعلق بهذه الحيازة ، لافياً يتعلق بالشئ أو الحق الذى

ترد عليه الحيازة » . وأصبح النص بعد هذه التعديلات مطابقاً لما استقر عليه فى التفتين المدنى

المجديد ، وصار رقمه ٩٥١ . ووافق مجلس عليه الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية
٦ ص ٤٥٣ - ص ٤٥٦) .

ويخلص من هذا النص أن الأصل في الحائز أن يباشر للسيطرة المادية بنفسه ، أى أنه يستعمل بنفسه استعمالاً فعلياً على الوجه الذى قدمناه الحق الخاضع لحيازته ، سواء كان حق ملكية أو كان حقاً آخر . ولكن يقع مع ذلك أن يباشر هذه السيطرة المادية بالوساطة (*corpore aliens*) ، فيباشرها باسمه وسيط يكون متصلاً به اتصال التابع بالتبوع ، ويأتمر بأوامره فيما يتعلق بهذه السيطرة المادية . ويجتمع عند الحائز في هذه الحالة عنصرا الحيازة : العنصر المعنوى وهو القصد وسأبقى بيانه ولا ينوب عنه فيه أحد ، والعنصر المادى وهو السيطرة المادية ويباشرها بالوساطة . ومن ثم يبقى الحائز الأصلى هو الحائز ، وتنتج الحيازة آثارها القانونية في شخصه . أما الوسيط في السيطرة المادية فليس بحائز ، وليس لديه إلا السيطرة المادية ، وهذه السيطرة أيضاً لا يباشرها باسمه وإنما يباشرها باسم الحائز الأصلى .

والأمثلة على مباشرة السيطرة المادية بالوساطة كثيرة . من ذلك أن يباشر الحائز السيطرة المادية بواسطة خدمه وأتباعه وعماله ومستخدميه ، فهؤلاء يستولون عادة على منقولات يحصلون عليها باسم مخدمهم أو متبوعهم في أثناء تأدية أعمالهم ، فتدخل في حيازة المخدم أو المتبوع ويباشر هذا السيطرة المادية على المنقولات بواسطة أتباعه . ويبقى عنده العنصر المعنوى للحيازة ، ويمكن أن يكون قصداً عاماً في حيازة ما يستولى عليه الأتباع من المنقولات باسمه ، حتى قبل أن يعلم باستيلائهم عليها . فيكون عنده العنصر المعنوى مباشرة وهو القصد ، والعنصر المادى بالوساطة وهو السيطرة المادية (١) .

= ولامقابل للنص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩١٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٥٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٢٢٧ ص ١٨٤ - ويدخل ضمن الأتباع سائق السيارة فهو يجوز السيارة حيازة مادية لحساب متبوعه ويجوز صاحب السيارة سيارته بواسطة السائق ، وكذلك ناظر الزراعة ويجوز صاحب الأرض بواسطة الأرض الزراعية .

ويباشر الحائز السيطرة المادية بالواسطة ، إذا حصل وكيل عنه على حيازة شيء اشتراه له مثلاً في حدود الوكالة ، ما دام الوكيل يعمل باسم الموكل ويأتمر بأوامره فيما يتعلق بحيازة الشيء . وما لم يعلن الوكيل أنه اشترى الشيء لنفسه وحازة لحسابه ، فإنه يعتبر قد اشتراه لموكله وحازة لحساب الموكل . ويدخل الشيء في حيازة الموكل حتى قبل أن يعلم هذا أن الوكيل قد حازة ، بل قبل أن يعلم أن الوكيل قد اشتراه (١) . أما إذا خرج الوكيل عن حدود الوكالة أو كان فضولياً ، فإن الشيء لا يدخل في حيازة الموكل أو حيازة رب العمل إلا في الوقت الذي يعلم فيه أن الوكيل أو الفضولي قد حاز الشيء ويقر فيه هذا العمل (٢) .

كذلك يباشر الحائز السيطرة المادية بالواسطة ، إذا كان قاصراً أو محجوراً عليه وكان مميزاً ، فيباشر باسمه السيطرة المادية الولي أو الوصي أو القيم (٣) . ويباشر الحائز السيطرة المادية بالواسطة ، إذا كان شخصاً معنوياً ، فيباشر باسمه السيطرة المادية المديرون أو الأشخاص الذين يفوضون في ذلك (٤) . وقد قضى بأن المجالس المحلية تباشر السيطرة المادية على الطرق العامة الداخلة في حيازتها ، لا بوساطة ممثليها فحسب ، بل أيضاً بوساطة الناس الذين يغدون ويروحون في هذه الطرق والذين يستعملونها وفقاً لما أعدت له (٥) .

-
- (١) ويرتب على ذلك أن الموكل يعتبر حائزاً للشيء من وقت حيازة الوكيل له ، ويبدأ من هذا الوقت سريان التقادم لصالح الموكل (يودى وتيسيه فقرة ٢٢٧ ص ١٨٣ - ١٨٤) .
- (٢) يودى وتيسيه فقرة ٢٢٧ ص ١٨٢ - ١٨٣ .
- (٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه يجوز للولي على القاصر أن يتمسك بوضع يد القاصر المدة الطويلة لأجل كسب الملكية . وأما تمسك الخصم بقول المادة ٧٦ مدني (قديم) بأن يكون واضح اليد ظاهراً بنفسه وأن القاصر لا يمكنه أن يظهر بالانتفاع بالأطيان لإدارة حركتها لأنه هو نفسه محتاج العناية بسبب أنه فاقد الأهلية التي تتحوله معرفة الصالح لأمواله من الضار بها ، فردود بأن ولي أمر هذا القاصر أو وصيه هو الذي يقوم بوضع اليد نيابة عنه (استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٧٢ ص ٤٥٧) .
- (٤) ولا يجوز لهؤلاء أن يكسبوا بالتقادم لمصلحتهم ملكية أموال الشخص المعنوي (يودى وتيسيه فقرة ٣٠٧) .

(٥) نقض فرنسي ١٦ يناير سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٥ - ١ - ٢٤١ - ٢٥ يناير سنة ١٩١٤ ميريه ١٩٢٨ - ١ - ١٦٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٩ .

هذا ونص المادة ٩٥١ مدنى سالف الذكر مقصور على الوسيط الذى يياشر الحيازة باسم الحائز ويكون متصلا به اتصال التابع بالتبوع فيأتمر بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة ، كما هو الأمر فى الأمثلة التى قدمناها . أما إذا كان الوسيط يتمتع بشئ من حرية التصرف ، كصاحب حق الانتفاع أو المستأجر ، فإنه لا يعتبر وسيطا بالمعنى الوارد فى المادة ٩٥١ مدنى ، بل هو حائز عرضى (*posesseur à titre précaire*) فيما يتعلق بحق الملكية وحائز أصيل فيما يتعلق بحقه هو . فهو يحوز حق الملكية لحساب صاحب الرقبة أو المؤجر ، ويحوز لحساب نفسه حق الانتفاع العيى أو حق المستأجر الشخصى . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يأتى (١) .

والسيطرة المادية بواسطة الغير (٢) لا تفترض ، فإذا وجدت السيطرة المادية عند شخص افترض أنه يياشرها لحساب نفسه لا لحساب غيره ، فيكون هو الحائز إذ يجتمع عنده إلى جانب العنصر الذى العنصر المعنوى . وعلى من يدعى أنه هو الذى يوجد عنده العنصر المعنوى ، وأن الذى يياشر السيطرة المادية إنما يياشرها نيابة عنه ، أن يثبت ذلك (٣) . وإذا ما ثبت أن

(١) أنظر مايل فقره ٢٧٠ - أما المادة ٩٥١ مدنى سالفه الذكر فهى مقبسة من المادة ٨٥٥ من التفتين المدنى الألمانى ، وهذا نصها : « إذا باشر شخص السيطرة المادية على شئ لحساب غيره ، بسبب الوظيفة التى يؤدىها فى منزل المخدم أو فى صناعة المتبوع ، أو بسبب أى مركز آخر مائل يلزمه أن ياتمر بالأوامر التى يتلقاها من المتبوع فى شأن هذا الشئ ، فالتبوع وحده هو الذى يعتبر حائزا » . وقد تشجع التفتين الألمانى فى هذا النص بالنظرية المادية للحيازة ، فجعل الحائز لحساب غيره فى الأصل حائزا حيازة صحيحة ، ثم استثنى من ذلك حيازة المخدم والسال والأتباع وغيرهم من ياتعمرون بأمر المخدم أو المتبوع فجعل حيازتهم مجرد إحراز *détention* ، وجعل الحيازة الصحيحة *possession* عند المخدم أو المتبوع (أنظر مايل فقره ٢٦٦ وفقره ٢٦٧ وفقره ٢٧٠) .

(٢) وسرى فيما يلى (أنظر فقره ٢٦٩) أن للعنصر المعنوى للحيازة ، بخلاف العنصر المادى أى السيطرة المادية ، يكون عند الحائز أصلا ، ولا يياشره عنه غيره . بالواسطة . وذلك ما لم يكن الشخص عديم التمييز ، كالطفل غير المميز والمجنون ، فيجوز أن يكسب الحيازة فى عنصرها المعنوى والمادى من طريق من ينوب عنه نيابة قانونية ، أى عن طريق الول أو الوصى أو القيم (أنظر م ٩٥٠ مدنى) .

(٣) بلانيول وديبير وبيكار ٣ فقره ١٤٦ ص ١٦٣ .

شخصا يباشر السيطرة المادية بالوساطة عن غيره ، فانه يبقى مباشرا لها بهذه الصفة ، ويفترض فيه أنه مستمر في مباشرة السيطرة المادية بالوساطة عن غيره. فلا يستطيع أن يغير بنفسه لنفسه الأصل الذى تقوم عليه مباشرته للسيطرة المادية ، وذلك ما لم تتغير صفته إما بفعل الغير وإما بفعل منه يدل في وضوح على أنه أصبح يباشر السيطرة المادية لحساب نفسه (١) . وفى هذا نقول الفقرة الثانية من المادة ٩٥١ مدنى كما رأينا : « وعند الشك يفترض أن مباشر الحياة إنما يحوز لنفسه ، فان كانت استمرارا لحياة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادى بها » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « والقاعدة أن من عنده الحياة يفترض أنه حائز لنفسه ، ويبقى حائزا لنفسه إلى أن يقوم الدليل على أنه حائز لغيره ، أو أنه أصبح يحوز لغيره » (٢) .

٢٦٢ — السيطرة المادية على الشيوع : كان المشروع التمهيدى للتقنين

المدنى الجديد يتضمن نصا ، هو المادة ١٤٠٢ من هذا المشروع ، يجرى على الوجه الآتى : « إذا حاز شخصان أو أكثر شيئا شائعا ، أو حازوا جميعا حقا واحدا ، جاز لكل منهم أن يقوم بالأعمال التى ترتب على حياة الشئ أو الحق على ألا يحول ذلك دون قيام سائر الشركاء بما يحوز لهم من تلك الأعمال » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص : « كما تكون الملكية شائعة تكون الحياة أيضا شائعة ، فقد يحوز شخصان أو أكثر أرضا على الشيوع . ويجوز لكل شخص من الحائزين على الشيوع أن يقوم بأعمال الحياة ، بشرط ألا يحول ذلك دون قيام شركائه بهذه الأعمال » . ولكن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة « تجنباً للتفصيلات » (٣) .

فالنص قد حذف إذن لأنه تطبيق تفصيلي للقواعد العامة ، فحذفه لا يمنع من العمل به . والحائز على الشيوع يكون عنده العنصران المعنوى والمادى

(١) وهذا ما يسمى بتغير صفة الحياة *intersion du titre* (٣ ٩٧٢ مدنى : أنظر

مايل فقرة ٢٧٢) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٥ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٤ فى الهامش .

للحيازة ، ولكنه في العنصر المنزى يقصد استعمال الحق شائما مع غيره لا خالصا لنفسه ، وفي العنصر المادى يباشر السيطرة المادية شائعة مع غيره لا خالصة لنفسه . فيقوم بالأعمال المادية للحيازة ، بشرط ألا يحول قيامه بهذه الأعمال دون أن يقوم الحائزون على الشيوع معه هم أيضا بها . مثل ذلك دار يحوزها شخص على الشيوع مع شخص آخر ، فيسكنان الدار معا ، ويؤجرانها معا ، وقد يقسمها فيا بينهما قسمة مهاباة مكانية فيستقل كل منهما بسكنى طابق إذا كانت الدار تشتمل على طابقين ، أو قسمة مهابة زمانية فينتفع كل منهما بالدار مدة معينة على التعاقب .

والحيازة على الشيوع على هذا النحو لا تنتج من الآثار إلا مايفتق مع هذا الشيوع . فلا تحمى حيازة كل شخص بدعاوى الحيازة إلا على أساس أنها حيازة على الشيوع ، فكما تحمى حيازة أحد الشريكين تحمى أيضا حيازة الآخر على اعتبار أن حيازة كل منهما شائعة . كذلك لا يكسب أحد الشريكين الحق بالتقادم إلا شائما ، فيملك نصفه مثلا أو ثلثه شائما إذا توافرت شروط التقادم (١).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان أحد الشركاء في الشيوع واضعا يده على جزء معين تسهلا لطريق الانتفاع ، فهو يملك في هذا الجزء ما يتناسب مع نصيبه في المجموع ، ويكون انتفاعه بالباقي مستندا من حقوق شركائه الآخرين على أساس التبادل في المنفعة . وليس من حق أحد الشركاء أن يتزع من الأرض بحجة أنه معادل له في الحقوق في الأرض . بل كل ماله - إن لم يعامل هذه المعاملة بالذات أو إذا أراد العدول عنها - أن يطلب قسمة الأرض أو يرجع على واضع اليد بما يقابل الانتفاع . فإذا كان الحكم قد أثبت أن وضع اليد بشروط القانونية كان لأحد الشركاء على الشيوع ، فلهذا الشريك ، في سبيل حماية يده الفعلية على العقار من تعرض المشتري من أحد شركائه ، أن يرفع دعوى وضع اليد ضد المتعرض ، والمشتري وشأنه في اتخاذ مايراه كفيلا بالمحافظة على حقوقه (نقض مدني ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١ ص ٦٠) . وقضت أيضا بأن الحصة الشائعة في عقار كالنصيب المفروز فيه ، من حيث إن كليهما يصح أن يكون محلا لأن يحوزه حائزه على وجه التخصيص والانفراد . ولا فارق بين الاثنين إلا من حيث إن حائز النصيب المفروز تكون يده برؤية من المخالطة ، أما حائز الحصة الشائعة فيه بحكم الشيوع تخالط يد غيره من المشتاعين . والمخالطة ليست عيبا في ذاتها ، وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غشوخ وإيهام . فإذا اتفق المشتاعون ووقف كل منهم في ممارسته لحيازته عند حد حصته مراعيا حصة غيره ، كما إذا اغتصب اثنان فأكثر عقارا وحازوه شائما بينهم جاعلين لكل منهم حصة فيه ، جاز أن يملكوه بالتقادم سواء اشتركوا في حيازته المادية =

وهذا لا يمنع أحد الشريكين من أن يغير يعمل منه حصة الشبوع ، إذا كان هذا العمل يدل في وضوح على أنه أصبح يحوز الحق كله خالصا لنفسه . وعند ذلك نحمل حيازته بدعاوى الحيازة على أنها حيازة خالصة له لا شائعة ، ويكسب الحق كله خالصا بالتقدم إذا توافرت شروطه (١) .

لوفاب في هذه الحيازة بعضهم من بعض . هذا إذا لم يكن المالك العقار يد عليه وخلصت الحيازة لغاصبه ، أما إذا كان المالك يد على العقار ، فالفرض أن اجتماع يده مع يد الغير يؤدي إلى مخالطة من شأنها أن تجعل يد هذا الغير غامضة ، فضلا عن إمكان حمل سكوت المالك على حمل التسامح . لكن هذا الفرض ينشأ كاتفاق مظنة التسامح من جانب المالك ، إذا كان الغير الذي زعمه في ملكه قد استطاع أن يحوز حصة شائعة في عقاره استقرت على مناعة حق المالك ومناقضت على نحو لا يترك محلا لشبهة التمسك أو مظنة التسامح ، وعندئذ تكون الحيازة سالحة لأن تكون أساساً لملك الحصة الشائعة المحوزة بالتقدم (نقض مدني ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٧ ص ٩٧) . وقضت أخيراً بأن الحيازة في عنصرها المادي تقتضي السيطرة الفعلية على الشيء الذي يحوز التعامل فيه ، وهي في عنصرها المعنوي تستلزم نية اكتساب حق على هذا الشيء . ولما كانت الملكية الشائعة لا تنصب إلا على حصة شائعة في أجزاء المال المشترك إلى أن تتميز بالفعل عند حصول القسمة ، فإن هذه الحصة يصح ، على ما جرى به قضاء محكمة النقض ، أن تكون محلا لأن يحوزها شخص على وجه التخصيص والانفراد بنية امتلاكها (نقض مدني ٧ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ رقم ٤٧ ص ٣٠٦) .

وانظر أيضاً نقض مدني ١١ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤١ ص ١٠٦ - استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٤٥ - ٢٠ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٤١ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٦٠ - ١٣ أبريل سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٢٠ - ٢ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٠٤ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس في القانون ما يحرم على الوارث أن يتك بالتقدم نصيب من ورثته ، فهو في ذلك كأي شخص أجنبي عن الشركة يتك متى استوفى وضع يده للشرائط الواردة في القانون ، وهي الظهور والحدود والاستمرار ونية التملك . والبحث في تحقق هذه الشرائط متروك لقاضي الدعوى لتعلقه بالموضوع ، ولا شأن لمحكمة النقض منه إذا هو قد أقام قضاءه في ذلك على ما يكفي لتبريره (نقض مدني ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٣٦) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن الشريك لا يمكنه أن يكسب بوضع اليد ملكية العين من غير أن يكون واضحاً من تصرفاته ما إذا كانت صادرة منه بصفته شريكاً لو مالكاً مستقلاً ، فإذا تبين أن الشريك تجاوز حدود حقه واستغل العين باعتبارها مالكاً لها بمفرده ، كإفتراده بالتصرف وجعوده حق شريكه بأى عمل من شأنه أن يقطع بينه في التملك على صورة واضحة غير مبهمة *non équivoque* ، فإنه يتك العين لا محالة لانقطاع كل شك في طيبة وضع يده (استئناف مصر ١٣ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٤ ص ٩٨٨) - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة

والحيازة فى الشىوع هى ، كما رأينا ، حيازة يشترك فيها شخصان أو أكثر ، كل منهم يحوز الحق شائعا مع سائر شركائه . ومن ثم لا يجوز أن يحوز شخصان شيئا واحدا إلا على أساس أنهما يحوزانه على الشىوع ، أو على أساس أن كلا منهما يحوز جزءا مفزرا من هذا الشىء ، أو على أساس أن كلا منهما يحوز حقا على الشىء غير الحق الذى يحوزه الآخر فيحوز أحدهما مثلا حق الانتفاع والآخر حق الرقبة . أما أن يحوز كل منهما الشىء كله خالصا لنفسه فهنا لا يجوز ، لأن حيازة أحدهما للشىء كله خالصا له تمنع من حيازة الآخر لنفس الشىء على هذا النحو . فاذا اغتصب شخص من المالك أرضه ، أصبح هو الحائز وحده للأرض . أما المالك فقد تجرد من الحيازة ، مع استبقائه لحق الملكية حتى يكسبه الحائز هو أيضا بالتقادم^(١) . ولا يوجد إلا استثناء واحد من هذه القاعدة ، هو أن يقتصب شخص الحيازة من شخص آخر فيصبح هو الحائز ، ويجوز فى الوقت ذاته لمن فقد الحيازة أن يطلب فى خلال السنة التالية لفقدائها ردها إليه بدعوى استرداد الحيازة (م ٩٥٨ مدنى) . ففى هذه الحالة يعتبر كل من الحائز الفعلى والحائز الذى فقد الحيازة حائزا لنفس الشىء ، دون أن يكونا حائزين على الشىوع . أما الحائز الفعلى فحيازته هى الحيازة الفعلية الواقعة ، وأما من فقد الحيازة فحيازته تتمثل فى إمكان استرداد الحيازة التى فقدتها فى خلال السنة فاذا ما استردها اعتبر كأنه لم يفقدها أبدا^(٢) .

٢٦٣ - استبقاء السيطرة المادية : ومتى تحققت السيطرة المادية لشخص على شىء ، عقارا كان الشىء أو منقولا ، فإنها تبقى مادامت لم تنقطع . فيستبقى الشخص السيطرة المادية على المنقول ، مادام فى قبضة يده ولم يخرج من حوزته . ويستبقها على العقار مادام محتفظا بالعنصر المعنوى أى بعنصر القصد ، حتى لو انقطع عن استعمال العقار فترات معينة ، تطول أو تقصر ، ويكفى استبقاء عنصر القصد لاستبقاء الحيازة (animo retinetur possessio)

= المكتب الفنى لأحكام التقص فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٣٧ - استئناف مصر ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٤ المجامعة ١٥ رقم ٢٨٧ ص ٦٠٤ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المجامعة ٢٠ رقم ٣٠٠ ص ٧٧٥ .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٢٠٦ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٢٠٦ ص ١٦٩ .

فما دام الشخص متمكنا من حيازة الشيء والسيطرة عليه سيطرة مادية ، فإنه يستبقى العنصر المادى ما دام محظفا بالعنصر المعنوى أى بعنصر القصد (solo animo) (١) . فإذا كان الشيء دارا وانقطع الحائز عن سكناها ، أو أرضا وانقطع عن زراعتها ، فإنه يبقى مع ذلك محظفا بعنصر السيطرة المادية على الدار أو على الأرض ، مادام يبقى متمكنا من العودة إلى سكنى الدار أو إلى زراعة الأرض . ولا تتول السيطرة المادية إلا إذا أصبح الشخص غير متمكن من ذلك ، كأن إستولى شخص آخر على الدار أو الأرض ومضى على فقد الشخص الأول لحيازته أكثر من سنة ، أو إلا إذا ترك الحائز الدار أو الأرض ففقد بذلك عنصر القصد . فانقطاع الشخص عن سكنى الدار مدة ولو طالت مع تمكنه من العودة إلى سكناها ، وانقطاعه عن زراعة الأرض سنوات ولو تعددت مع تمكنه من العودة إلى زراعتها ، قد يشوب الحيازة بعيب الضلع (discontinuité) فلا تنتج أثرها من حيث كسب الملكية بالتقادم كما سيجيء ، ولكنه لا يجعل الشخص يفقد الحيازة فى ذاتها ، بل يبقى محظفا بعنصرها ، عنصر السيطرة المادية الذى استبقاه بتمكنه من العودة إلى هذه السيطرة ، وعنصر القصد الذى لا يضيحه إلا إذا كان الانقطاع قد دام مدة طويلة بحيث يستخلص من ذلك أن الشخص قد فقد هذا العنصر (٢) . وإذا بوشرت السيطرة المادية بالواسطة ، فإنها تبقى حتى لو تجرد الوسيط عن الحيازة أو مات أو أصبح عديم التمييز ، ما دام أجنبى لم يقول على هذه السيطرة المادية (٣) .

وقد يتوقف العنصران لعارض طارئ ، كأن يفقد الحائز التمييز فيفقد عنصر القصد وعنصر السيطرة المادية معاً ، ومع ذلك تستمر الحيازة باقية

(١) نقض فرنسى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ دالوز ٧٢ - ١١ يناير سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥٠ - ١٢٥ - بلانبول وريير وبيكار ٣ فقرة ١٥٢ .

(٢) نقض فرنسى ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣ - ١ - ٢٤٧ - ٩ يناير سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠١ - ١ - ٤٤٩ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٢٨ - واستبقاء السيطرة المادية على هذا النحو ، أى بالاحتفاظ بعنصر القصد وبمجرد التمكن من العودة إلى السيطرة المادية ، مسألة واقع يقدرها قاضى الموضوع (بودرى وتيسيه فقرة ٢٢١) .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٢٣٠ .

لا تنقطع ما دام النائب قانونا عن الحائز ، من ولى أو وصى أو قيم ، ناب عنه في خلال وقت معقول في استبقاء العنصرين ، فيستبقى من فقد التمييز كلا العنصرين بالوساطة (١) .

ب - العنصر المعنوى - القصد

٢٦٤ - كيف يتحقق عنصر القصد : يتحقق العنصر المعنوى ، وهو عنصر القصد (animus) ، في النظرية التقليدية وهى النظرية الشخصية ، بأن يقوم الحائز بالأعمال المادية للحيازة بقصد استعمال الحق الذى يريد حيازته . وإلى جانب هذه النظرية الشخصية التى يمثلها سافيني ، توجد النظرية المادية التى يمثلها إهرنج . وقد وقف التقنين المدنى المصرى الجديد موقفا معينا من هاتين النظريتين . ولا يعتبر استعمال الرخصة من المباحات ولا أعمال التسامح منطوية على عنصر القصد ، فلا تقوم الحيازة على هذه الأعمال لانعدام العنصر المعنوى . وعنصر القصد يجب أن يوجد عند الحائز شخصا ، فلا ينوب عنه غيره فيه إلا إذا كان الحائز عديم التمييز ولا يعتبر عنصر القصد متوافرا عند الحائز العرضى (possesseur précaire) وهو الحائز لحساب غيره ، فالم تنغير صفة الحيازة العارضة فيقلب الحائز العرضى إلى حائز لحساب نفسه .

هذه هى المسائل التى نبحثها في خصوص العنصر المعنوى :

٢٦٥ - النظرية الشخصية في عنصر القصد : هذه هى النظرية التقليدية في الحيازة ، وهى النظرية التى يأخذ بها التقنين المدنى الفرنسى والتقنينات اللاتينية الأخرى المتفرعة عنه . وتذهب إلى أن للحيازة عنصرا معنويا إلى جانب العنصر المادى ، وإلى أنه لا تكفى لتحقيق الحيازة السيطرة المادية (corpus) وهى العنصر المادى ، بل يجب إلى جانب هذا العنصر المادى توافر عنصر معنوى وهو عنصر القصد (animus) . والمقصود بعنصر القصد ، فى هذه النظرية الشخصية ، أن يكون الحائز قاصدا أن يستعمل الحق لحساب نفسه . فإذا كان الحق هو حق الملكية - وهو مختلط كما قدمنا بالشىء ذاته طبقا للتقاليد الرومانية

الموروثة - وجب أن يتوافر عند الحائز قصد استعمال حق الملكية لحسابه (*animus domini*) ، فيتصرف في الشيء تصرف المالك ، يستعمله ويستهلكه كما يفعل المالك . وإذا كان الحق هو حق ارتفاق أو حق انتفاع ، وجب أن يتصرف الحائز كما لو كان هو صاحب الحق وقد توافرت عنده نية استعماله لحساب نفسه . فالقصد إذن هو نية الحائز في أن يستعمل الحق لحساب نفسه (*animus rem sibi habendi*) ، سواء كان حق ملكية أو حقا آخر . فالحائز لحساب غيره ، كالمستأجر والمستعير والمودع عنده ، لا يتوافر عنده عنصر القصد ، إذ هو لا يستعمل الشيء لحساب نفسه ، بل يستعمله لحساب المؤجر أو المعير أو المودع .

ولم يكن القانون الروماني يتطلب توافر عنصر القصد بالمعنى المتقدم ، بل كان يحمي الحيازة حيث تكون حمايتها نافعة ، دون حاجة إلى توافر هذا العنصر (١) .

أما القانون الفرنسي القديم فقد كان يشترط توافر عنصر القصد لقيام الحيازة ، وقد أشار إليه فقهاء هذا القانون صراحة . بل إن أحدهم ، وهو Dunod ، استعمل التعبير الدال على ذلك ، فذكر عبارة *animus domini* وعبارة *animus rem sibi habendi* ، ولم يكن سافيني هو أول من استعمل هذه التعبيرات . وقد ذكر Domat قبل ذلك أن الحيازة الحقيقية هي إحراز الشخص الشيء على أساس أنه هو المالك له ، فإذا أحرز شخص شيئا لحساب غيره ، كالمستأجر وصاحب حق الانتفاع ، فإنه لا يكون عنده إلا مجرد الإحراز ، أما الحائز فهو هذا العير الذي عنده قصد التصرف كما لك والذي يحرز الشيء بوساطة المستأجر أو صاحب حق الانتفاع (٢) . وقال Pothier في هذا المعنى إنه لا يجوز الخلط بين الحيازة الطبيعية (*proseion naturelle*) وبين مجرد إحراز (*détention*) الشخص لشيء لحساب غيره وباسم هذا

(١) جيرار ص ٢٥٩ و ص ٢٦١ - كيك في المجلة التاريخية الجديدة للقانون الفرنسي والقوانين الأجنبية سنة ١٨٩٤ ص ٥ .

(٢) دوما في القوانين المدنية الكتاب الثالث الباب السابع .

الغير كما هو شأن المستأجر والمودع عنده والمستعير . فاحراز هؤلاء الأشخاص
لشيء المؤجر لم أو المودع عندهم أو المعار لإياهم ليس إلا مجرد إحراز
(*mera custodia*) ، لأنهم لا يحجزون الشيء لحسابهم ، بل لحساب من
أجر الشيء أو أودعه أو أعاره . والمؤجر أو المودع أو المعير هو الحائز ،
ويحجز الشيء عن طريقهم وبوساطتهم (١) .

وانتقل وجوب توافر عنصر القصد في الحيازة من القانون الفرنسي القديم
إلى التقنين المدني الفرنسي ، ويتبين ذلك من الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية
لهذا التقنين (٢) . وأصبح الآن مقرراً في القانون الفرنسي أن العنصر المعنوي ،
وهو عنصر القصد ، لا بد من توافره لقيام الحيازة (٣) . فلا بد أن يكون عند
الحائز نية استعمال الحق لحساب نفسه ، فإذا انعدمت هذه النية لم تتم الحيازة
ولما كانت النية تتعلق بالشخص ، فقد سميت هذه النظرية بالنظرية الشخصية.
ونادى بها سافيني حتى أنها عرفت باسمه ، فعنده أن عنصر القصد هنا هو
العنصر الجوهرى في الحيازة ، وهو الذى يقلب مجرد السيطرة المادية إلى حيازة
صحيحة تنتج آثارها . أما من يحجز الشيء لحساب الغير فلا يتوافر عنده عنصر
قصد الحيازة لحساب نفسه (*animus domini*) ، وليس لديه إلا نية الإحراز
لحساب الغير (*animus detinendi*) (٤) .

٢٦٦ - النظرية المادية في عنصر القصد : وقد عارض إهرنج ، بما
سماه النظرية المادية (*théorie objective*) في القصد ، النظرية الشخصية
(*théorie subjective*) التى عرفت باسم سافيني فيما قدمناه . فعند

(١) بوتيه في الحيازة .

(٢) أنظر Lorré ١٦ ص ٥٥٨ وص ٥٦١ .

(٣) وليس من الضروري أن يتوافر عنصر القصد بالنسبة إلى شيء بالذات ، بل يكون
أن يتوافر قصد عام إلى حيازة الأشياء التى اتخذت تدابير خاصة لحيازتها . فيعتبر الشخص
حائزاً للرسائل التى أودعت في صندوق بريده ، حتى قبل أن يعلم أن هذه الرسائل قد
أودعت في صندوق البريد (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٦ ص ١٦٣ - بلانيول وريبير
وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٦٥ ص ٩١٤) .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٦ ص ١٦١ - ص ١٦٢ .

إهرنج (١) ليس عنصر القصد عنصراً مستقلاً عن عنصر السيطرة المادية ، بل إن هذا العنصر الثاني يتضمن ضرورة العنصر الأول . فالسيطرة المادية هي الحيازة بناتها ، وإذا كانت هناك إرادة أو نية أو قصد في الحيازة ، فليست هذه الإرادة أو القصد إلا في الأعمال المادية التي يقوم بها الحائر لتحقيق سيطرته ، إذ أن هذه الأعمال يجب أن تكون أعمالاً إرادية قصدية . فالتألم لا يحوز ما يليق في يده في أثناء نومه ، والسجين لا يحوز ما يقيد من الأغلال . وكذلك عديم التمييز لا يستطيع حيازة شيء بنفسه لأنه لا إرادة له ، والأعمال المادية التي يقوم بها تكون أعمالاً غير إرادية . وهو لا يحوز إلا بواسطة الغير ، فينوب عنه الولي أو الوصي أو القيم في الأعمال الإرادية التي تتحقق بها الحيازة . وكل من يسيطر على شيء سيطرة مادية عن طريق أعمال إرادية قصدية يكون حائزاً له ، سواء كان يحوز الشيء لحساب نفسه أو لحساب الغير . فالمستأجر أو المستعير يعتبر حائزاً ، لأنه يسيطر على الشيء سيطرة مادية وينتفع به . ولا يمنع من أن يكون حائزاً أنه لا يحوز لحساب نفسه بل لحساب المؤجر أو المعير ، إذ أن إهرنج لا يشترط في الحيازة عنصر القصد بالمعنى المفهوم في النظرية الشخصية . وقد رأينا أن عنصر القصد في النظرية الشخصية معناه أن يحوز الشخص لحساب نفسه ، أما عنصر القصد في النظرية المادية فمعناه كما قلنا أن تكون الأعمال المادية التي يسيطر بها الشخص على الشيء أعمالاً إرادية قصدية ، سواء كان الشخص يحوز لحساب نفسه أو لحساب غيره (٢) ويقول إهرنج إن هذا كان هو الحكم في القانون الروماني ، فلم يكن هذا القانون يشترط في الحيازة عنصر القصد بالمعنى الذي تقول به النظرية الشخصية ، وكان الحائز لحساب غيره كالحائز لحساب نفسه كل منهما يعتبر حائزاً . ولم يكن

(١) انظر إهرنج في دور الإرادة في الحيازة (ترجمة Meulenaere) - وفي الحيازة نظرية مبسطة في متناول جميع الناس (أعمال مختارة ترجمة Meulenaere جزء ٢٠ ص ٢١٥ وما بعدها) - وانظر أيضاً Cornil في الحيازة ص ٣٠ وما بعدها وص ٧٠ وما بعدها .

(٢) وقد يختار تشريع مين أن يسمي حيازة الشخص لحساب نفسه دون أن يسمي حيازة الشخص لحساب غيره ، ولكن ذلك لا يمنع في نظر إهرنج من أن الحيازة تتحقق في كل من الطرفين ، وتكون حيازة الشخص لحساب غيره حيازة صحيحة ولكنها حيازة لا يحميها القانون (بودوي وتيسيه.قرة ١٩٩ مكررة أولاً) .

القانون الروماني يميز بين السيطرة المادية (*détention*) والحيازة (*possession*) ، فالسيطرة المادية عنده هي الحيازة ولو كانت لحساب الغير . وكان القانون الروماني يحمي الحيازة بهذا المعنى حيث تكون حائتها نافذة (١) ، ففترة يحمي الحائز لحساب الغير إذا كان يتمتع في حيازته بشيء من حرية التصرف ، وتارة لا يحميه إذا كان في حيازته مجرد تابع لا يصدر إلا عن رأي متبوعه وطبقا للتعليمات التي يتلقاها منه كما هو شأن الخادم والعامل والرسول . ويذهب إهرنج ، تبعا لذلك ، إلى أن الذي يميز الحيازة (*possession*) عن مجرد الإحراز (*détention*) ليس هو وجود قصد الحائز في أن يحوز لحساب نفسه كما تقول النظرية الشخصية ، فإن وجود هذا القصد ليس ضروريا لقيام الحيازة ، وقد يحوز الشخص لحساب غيره ومع ذلك يعتبر حائزا بالمعنى الصحيح . ولكن قد يحوز الشخص شيئا ويكون في إحرازه إياه مجرد أداة في يد الغير يحوز الشيء باسمه ولحسابه ، فيكون هذا المنصر عاملا سلبيا يستبعد الحيازة الصحيحة (*causa possessione*) فتتقلب إلى مجرد إحراز (*causa detentionis*) . أما حيث لا يكشف القاضي عن هذا العامل السلبى الذى يستبعد الحيازة ، فقد وجب عليه أن يعتبر الحيازة قائمة لمجرد قيام مظهر خارجي محسوس من السيطرة المادية ، وتكون هذه السيطرة المادية هي الحيازة ذاتها ، ومن ثم سعى إهرنج نظريته بالنظرية المادية .

ولعل أهم نتيجة عملية للنظرية المادية هي جواز حماية الحائز لحساب غيره بدعاوى الحيازة ، حيث لا تحميه النظرية الشخصية . وأهم تطبيق لهذه النتيجة العملية هو حماية حيازة المستأجر ، إذ المستأجر لا يحوز لحساب نفسه بل لحساب المؤجر ، ومن ثم لا تحميه النظرية الشخصية ، أما النظرية المادية فتحميه بجميع دعاوى الحيازة (٢) .

(١) أنظر آتفاًقرة ٢٦٥ .

(٢) وقد تأثرت التفتينات الجرمانية بالنظرية المادية للحيازة تأثراً بلياً ، بل هي قد أغلقت بها في نصوص صريحة . ففى التفتين المبنى الألماني تعرف الحيازة بأنها السيطرة الفعلية *Pouvoir de fait* على الشيء (م ٨٣٤ مدق ألماني) ، فكل من له هذه السيطرة الفعلية يكون حائزاً ، حتى لو كان حائزاً لحساب غيره كصاحب حق الانتفاع والمالك المرتب من حيازة والمستأجر -

٢٦٧ - موقف التقنين المدني المصري الجرمي من النظريتين التمهيدية

وملابية : الآن وقد استعرضنا النظريتين الشخصية والمادية في العنصر المعنوي

= والمودع عنه . ثم تنص المادة ٨٦٨ من هذا التقنين على أنه وإذا حاز شخص شيئاً بصفتة صاحب حق انتفاع أودائناً مرتباً من حيازة أومزارعاً أو مستأجراً أو مودعاً عنه ، أو حازته بأية صفة مماثلة أخرى تبطل له الحق أو تلزمه نحو التبر . بأن يحوزه حيازة مؤقتة ، فإن هذا الغير يعتبر هو أيضاً حائزاً لشيء . . ويميز التقنين المدني الألماني ، كما تميز النظرية المادية ، الحيازة (possession) عن مجرد الإحراز (détention) . فقد يحوز الشخص شيئاً ويكون في إحرازه إياه مجرد أداة في يد الغير ، فيكون ذلك عاملاً سلبياً يستبعد الحيازة الصحيحة فتكون مجرد إحراز . وتنص المادة ٨٥٥ من هذا التقنين في هذا المعنى ، كما رأينا (أنظر آنفاً فقرة ٢٦١ في الماشي) على أنه وإذا باشر شخص السيطرة المادية على شيء لحساب غيره ، بسبب الوظيفة التي يؤديها في منزل الخدم أو صناعة التبوع ، أو بسبب أي مركز آخر مماثل يلزمه أن يأتمر بالأوامر التي يطلقها من التبوع في شأن هذا الشيء ، فالتبوع وحده هو الذي يعتبر حائزاً له . وأخط التقنين المدني السويسري هو أيضاً بالنظرية المادية . فنص في المادة ٩١٩ منه على أن ومن له السيطرة الفعلية على الشيء تكون له حيازته . ونص في المادة ٩٢٠ منه على أنه وإذا سلم الحائز الشيء لغيره ، ليؤليه عليه حق ارتفاق أو حق من حيازة أو حقاً شخصياً ، فكل من الاثنين يكون حائزاً لشيء . . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لتقنين السويسري : وإن الذي يعنى المشرع هو الحيازة في ذاتها مجردة عن أية صفة أخرى غير تلك التي تستند من الواقعة المادية التي أوجدت الحيازة . وما زاد على ذلك لا يعنى المشرع ونية الحائز مسألة تخرج من نطاق القانون ، (Huber : التقنين المدني السويسري - المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ص ٦٩٤ وص ١٩٥) ويختلف التقنين المدني السويسري عن التقنين المدني الألماني في أمرين هامين : (الأمر الأول) أن التقنين السويسري يقرر في نصوص صريحة جواز حيازة الحقوق الشخصية ، فتد الحيازة على الحق الشخصي وودعها على الحق المعنى . (والأمر الثاني) أن التقنين السويسري لا يفرق ، كما فرق التقنين الألماني ، بين حيازة الشخص لحساب نفسه كحيازة المستأجر وحيازة التابع لحساب متبوعه كحيازة الخدم والتابع . ولا يعتبر ، كما اعتبر التقنين الألماني ، الحيازة الأولى حيازة صحيحة (possession) والحيازة الأخرى مجرد إحراز (détention) . بل كل من الحيازتين في نظر التقنين السويسري حيازة صحيحة ، وما دامت هناك سيطرة مادية على الشيء فهذه السيطرة تكون حيازة جديرة بأن تعميها دعاوى الحيازة (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٧ ص ١٦٤ - ص ١٦٥) .

أنظر في الدفاع عن النظرية الشخصية في وجه النظرية المادية وفي وجوب استبقاء عنصر التقصد في الحيازة : بودرى وتيسيه فقرة ١٩٩ مكررة سادساً - وانظر في أثر للنظرية المادية ، وإن كانت تفضل في مجموعها النظرية الشخصية ، تنطوي على كثير من الصعوبات في التطبيق ، وفي أنه يجب على كل حال توسيع النظرية الشخصية حتى تشمل حماية الحائز لحساب غيره بدعاوى الحيازة : بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٧ ص ١٦٥ - ص ١٦٦ .

الحيازة وهو عنصر القصد ، نفث قليلا لتعرف ماهو موافق التقنين المدني المصري الجديد من هاتين النظريتين (١) .

لا شك في أن المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد قد أخذ بمبدأ بالنظرية الشخصية ، ولكنه وسعها بأن استعار من النظرية المادية أهم نتائجها وهي امتداد الحيازة إلى الحقوق الشخصية وعدم اقتصرها على الحقوق العينية . ورتب على هذه النتيجة أهم تطبيق عملي ، وهو اعتبار المستأجر حائزا لحقه الشخصي ، وحى حيازته هذه بجميع دعاوى الحيازة (٢) . وللتدليل على ما ذكرناه نعلم ما يأتي :

أولا - كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا ، هو المادة ١٣٩٨ منه ، يعرف الحيازة على الوجه الآتى : « الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه ، أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق » . وبالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٣) نجد أن هذا النص مقتبس من المادتين ٩١٩ و ٩٢٠ من التقنين المدني السويسرى ، وهما مادتان

(١) والذي يذهب إليه جمهور الفقهاء في مصر هو أن التقنين المدني الجديد قد أخذ ، كالتقنين المدني السابق ، بالنظرية الشخصية (أنظر محمد حل عرفة ٢ فقرة ٧٤ ص ١٢٥ - عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٨٧ ص ٤٩٩ - ص ٥٠٢ - إسماعيل غانم ص ١٠١ - ص ١٠٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٦٢ ص ٣٧٧ - ص ٣٧٩ - حسن كبرى ص ٨٥ - رمزي سيف الوجيز في المرافعات طبعة ١٩٥٧ فقرة ١٣٩ و فقرة ١٥٦ - أحمد أبو الوفا في المرافعات طبعة ١٩٥٥ فقرة ١١٤ - أحمد مسلم في أصول المرافعات طبعة ١٩٥٩ فقرة ٣٠٦ - فقرة ٣٠٧) . وهناك من يذهب إلى أن التقنين المدني الجديد قد أخذ بالنظرية المادية للحيازة ، فيحتسب الحائز لحساب غيره بدعاوى الحيازة كما يحتسب بها الحائز لحساب نفسه (عبد المنعم الشرنقوى في المرافعات المغنية والتجارية الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦ فقرة ٥٩) . وهناك أخيراً من يذهب إلى أن التقنين المدني الجديد لم ينحز إلى جانب أى من النظريتين ، بل اتخذ موقفاً وسطاً بينهما (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٤٢) .

(٢) وقد كان توسع المشروع التمهيدى في الحيازة حل هذا النحر ، واستمداده هذا التوسع من النظرية المادية ، هو القدر المقبول الذى يحقق التوازن ما بين النظريتين الشخصية والمادية ، ويأخذ من كل منهما بالقسط الصالح ، وهو ما يميل إليه الفقه الفرنسى إلى الأخط به (بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٤٧ ص ١٦٥ - ص ١٦٦ - وأنظر آنفاً فقرة ٢٦٦ في آخرها في الهامش) .

(٣) أنظر مشروع تنقيح القانون المدني - مذكرة لإيضاحية الجزء الرابع ص ٢١٧ .

متأثرتان إلى حد بعيد جداً بالنظرية المادية^(١) . والعبارة الأخيرة الواردة في نص المشروع التمهيدى ، وهى « أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق » ، قصد بها استعمال أى حق ، سواء كان هذا الحق عينياً أو شخصياً ، جريداً على نهج نصوص التتبعين المدنى السويسرى سالفه الذكر . ويقطع فى ذلك ماورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص المادة ١٣٩٨ المشار إليها : « الحيازة هى سيطرة فعلية على شئ أو حق . فتجوز حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الرهن المختلفة ، كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية^(٢) » . فالمادة ١٣٩٨ من المشروع التمهيدى قد مدت إذن الحيازة إلى الحقوق الشخصية ولم تقصرها على الحقوق العينية ، متأثرة فى ذلك بالنظرية المادية للحيازة التى تأثرت بها نصوص التتبعين المدنى السويسرى ، ما فى ذلك من ريب^(٣) . ولكن يبدو أن المشروع التمهيدى لم يرد أن يعتنق النظرية المادية اعتناقاً تاماً وأن يهجر النظرية الشخصية ، فإن المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع ، بعد أن ذكرت أن الحيازة تمتد إلى الحقوق الشخصية وعددت شروط الحيازة ، قالت ما يأتى : « وللحيازة ، بعد توافر شروطها ، عنصران عنصر مادى هو السيطرة المادية ، وعنصر معنوى هو نية استعمال حق من الحقوق^(٤) » . وفى هذا القول إشارة واضحة إلى النظرية الشخصية ، وتعريف

(١) أنظر آنفاً ص ٨٠٧ هاش ٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٠ .

(٣) وما يقطع فى أن المشروع التمهيدى قد أراد أن يمد الحيازة إلى الحقوق الشخصية أن مشروع المادة ٩٦٤ مدنى كان يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى . « وإذا ادعى الحائز أن حيازته تقوم على حق غير الملكية ، شخصياً كان أو عينياً ، اعتبرت الحيازة قرينة على وجود هذا الحق . ولكن لا يجوز الحائز أن يحتاج بهذه القرينة على من تلقى منه الحيازة » . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة مجلس الشيوخ « اكتفاء بالقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٣ - ٤٨٤) . ولا شك فى أن هذا النص ، لو استبقى ، لكان يصبح دليلاً قاطعاً على أن الحيازة ، كما تتناول الحقوق العينية ، تتناول أيضاً الحقوق الشخصية . وهو على كل حال لم يخطئ إلا اكتفاء بالقواعد العامة ، فلم ترد لجنة مجلس الشيوخ بخلافه أن ترفض ماورد فيه من الأحكام .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥١ .

للمنصر المنوى للحيازة على النحو الذى تعرفه به هذه النظرية (١) .

ثانياً - بقى المشروع التمهيدى متأثراً بالنظرية المادية فى الحيازة ، فاعتبر الحيازة لحساب الغير كحيازة المستأجر حيازة صحيحة (possession) كما تنقضى بذلك النظرية المادية ، ولم يعتبرها مجرد إحراز (détention) كما تنقضى بذلك النظرية الشخصية . ولم يستثن من ذلك إلا حيازة الخدم والعمال والأتباع الذين يأتمرون بأوامر مخلصهم ومتبوعهم ، فاعتبر هذه الحيازة مجرد إحراز وهذا ما تنقضى به النظرية المادية فى الحيازة كما رأينا (٢) . وقد نصت المادة ١٤٠١/١ من المشروع التمهيدى ، وهى مقتبسة من المادة ٨٥٥ مدنى ألمانيا المتأثرة بالنظرية المادية على هذا الحكم فيها بأن : « لا تلوم الحيازة حتى لو باشرها باسم الحائز شخص آخر ، وكان منه بمكان التابع بحيث يكون ملزماً أن يمثل لأوامره فيما يتعلق بالشئ أو الحق الذى ترد عليه الحيازة » . وقد أشير فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إلى المقابلة ما بين الخادم والمستأجر ، فالمستأجر بخلاف الخادم يحوز حقه الشخصى لحساب نفسه ، وقد ورد فى هذا الصدد : « ويتبين من ذلك أن المستأجر يحوز لنفسه حقه كاستأجر ، ويحوز للمالك حق الملكية » (٣) .

ثالثاً - وأبلغ أثر للنظرية المادية فى المشروع التمهيدى هو ترتيب هذا المشروع على اعتبار حيازة المستأجر حيازة صحيحة (possession) لا مجرد إحراز (détention) نتيجة المنطقية ، وهى حماية حيازة المستأجر لحقه

(١) ويقطع فى استبقاء المشروع التمهيدى لعنصر القصد فى الحيازة أن المشروع التمهيدى المادة ٩٦٢ مدنى جرى على الوجه الآتى : « إذا تنازع أشخاص . متمدون على حيازة شئ واحد ، اعتبر حائزاً بصفة مؤقتة من كانت له الحيازة المادية ، إلا إذا كان واضحاً أنه قد حصل على هذه الحيازة من غيره بطريقة معينة . وهذا النص يقرر فى وضوح أن الحيازة المادية المجردة من عنصر القصد ليست إلا قرينة على الحيازة القانونية المقترنة بعنصر القصد ، فتكون الحيازة إذن مشتملة على عنصرين ، عنصر الحيازة المادية وعنصر القصد . وقد استثنى هذا النص بعد تعديلات لفظية غير ذات بال ، قى التقنين المدنى الجديد كاستثنى (أنظر مايل ص ٨١٥ هامش ٢) ، واستبقاؤه دليل على أن الحيازة المادية فى هذا التقنين ليست إلا مجرد قرينة على الحيازة القانونية أى الحيازة المقترنة بعنصر القصد .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٦٦ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٥ .

الشخصي بجميع دعاوى الحيازة . فظهر بوضوح أن المشروع التمهيدى قد مد الحيازة إلى الحقوق الشخصية ولم يقصرها على الحقوق العينية ، أخذنا في ذلك بالنظرية المادية للحيازة . وقد نصت المادة ١/٧٧٤ من المشروع في هذا الخصوص على ما يأتى : « لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادى إذا صدر من أجنبي ، ما دام المتعرض لا يدمى حقا ، وهذا دون إخلال بما للمستأجر من حق في أن يقاضى باسمه المتعرض مطالباً بالتعويض ، وبما له من حق في أن يرفع باسمه جميع دعاوى وضع اليد ^(١) » .

ويستخلص مما قدمناه أن المشروع التمهيدى قد مزج ما بين النظريتين الشخصية والمادية للحيازة ، فاستثنى من النظرية الشخصية العنصر المعنوى للحيازة وهو عنصر القصد أى نية استعمال حق من الحقوق ، وأخذ من النظرية المادية التوسع في نطاق الحيازة ومدها إلى الحقوق الشخصية وعدم قصرها على الحقوق العينية . فهل بقيت الحال على ما كانت عليه في المشروع التمهيدى عندما أصبح هذا المشروع تقنيناً مدنياً وتشريعاً معمولاً به ؟ لتتظر ماذا صارت إليه النصوص الثلاثة التى أسلفنا ذكرها في المشروع التمهيدى ، لئرى هل بقيت على حالها في التقنين المدنى الجديد ، فنستخلص من ذلك موقف هذا التقنين من النظريتين الشخصية والمادية : .

١ - فقياً يتعلق بالنص الأول (م ١٣٩٨ من المشروع التمهيدى) ، وهو النص الخاص بتعريف الحيازة ، سار النص في مراحل التشريعية حتى وصل إلى لجنة مجلس الشيوخ ، فلقى اعتراضاً « لأنه تعريف ناقص ، ويقصره ركن التملك إذ تناول الحيازة المادية فقط ، وترك الحيازة بنية التملك . وقد أشار هذا الاعتراض مناقشة طويلة ، رؤى بعدها حذف النص لأن ذلك أنسب من الوجهة التشريعية » . وقررت اللجنة حذف النص « اكتفاء بالتعريف المقرر للحيازة في الفقه » ، وورد في تقريرها : « رأت اللجنة حذف هذه المادة لأنها تتضمن تعريفاً تغلب عليه الصبغة الفقهية » ^(٢) . ويخلص من ذلك أن مناقشة أعضاء اللجنة كانت تدور حول عدم ذكر العنصر المعنوى وهو نية التملك في التعريف ، إذ كان التعريف لا يذكر إلا السيطرة المادية أى العنصر

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٨ - ٤٤٩ في الماشر وانظر آنفاً فقرة ٢٠١

المادى، فكان أقرب إلى الأخذ بالنظرية المادية . ولما طالت المناقشة ، ولم يتغلب رأى على آخر ، لا الرأى المتشيع بالنظرية الشخصية تشيعا تاما ولا الرأى الذى يحيل إلى الأخذ بالنظرية المادية ، حذف النص وترك الأمر للفقهاء بقوله رأيه فيه . وعلى ذلك لا يعتبر حذف هذا النص دليلا على استبقاء النظرية الشخصية فى الحياة ، ولا هو دليل على الأخذ بالنظرية المادية ، بل إن الأمر فى ذلك متروك للفقهاء .

٢ - وفيما يتعلق بنص المادة ١٤٠١/١ من المشروع التمهيدي ، وهو النص الخاص بحياة الخدم والأتباع لحساب مغلوبيهم ومتبوعهم وباعتبار هذه الحياة مجرد إحراز مادية لا حياة بالمعنى الصحيح ، اقتصر على تعديل النص تعديلا لفظيا بلجنة المراجعة . وفى لجنة مجلس الشيوخ تناقش الأعضاء طوليا فى ورود الحياة على الشيء دون الحق ، فقال بعض بأن الحياة قد ترد على الشيء دون الحق ، وقال بعض آخر بأن الحياة فى كل صورها تكون على الحق وبأن حياة الشيء ليست إلا حياة حق الملكية على هذا الشيء . وقد لقي هذا الرأى الأخير موافقة أغلبية اللجنة ، فحذفت كلمة « الشيء » التى تصاحب كلمة « الحق » اكتفاء بالكلمة الأخيرة (١) . ويلاحظ أن هذه هى الخطوة التى اتبعت دائما حيث ذكرت كلمة « الشيء » سابقة على كلمة « الحق » ، فإن كلمة « الشيء » تحذف لأن حياة « الشيء » ليست إلا حياة حق الملكية ، ولم يكن حذف كلمة « الشيء » سببه استبعاد النظرية المادية والأخذ بالنظرية الشخصية كما ذهب بعض الفقهاء (٢) ويستخلص من بقاء نص المشروع التمهيدي كما

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٣ - ص ٤٥٦ .

(٢) أنظر محمد على مرقة ٢ فقرة ٧٤ - ويبدو أنه يعتقد أن النظرية المادية لا تقوى بحياة الحق وإنما تقول بحياة الشيء ، والذي يقول بحياة الحق هو النظرية الشخصية فهو يقرر ، لتدليل كل صفة نظره من أن التقنين المدف الجديد لم يأخذ بالنظرية المادية لأنه جه الحياة فى جميع صورها لا ترد إلا على الحقوق ، ما يأتى : « وأبلغ من ذلك فى الدلائل على صفة نظرننا ، إذا احتج أنهار إلى دليل ، أن المادة ٩٥٢ التى تتكلم من انتقال الحياة أضيفت إليها فى لجنة المراجعة عبارة مؤداها أن الحياة تنتقل بمجرد تغيير نية المالك ، وهى ولولم يكن هناك تسلم مادية . كما صرحت لجنة المشروع المدف لمجلس الشيوخ على أن تحذف من مشروع هذا النص كلمة الشيء التى وردت فيه قبل كلمة الحق ، حرصا منها على اتساق خطتها »

هو - فيما عدا بعض تعديلات لفظية - في التقنين المدني الجديد في المادة ٩٥١ منه ، أن هذا التقنين قد أخذ بالنظرية المادية فيما يتعلق بالتمييز في الحيازة لحساب الغير بين الحيازة بالمعنى الصحيح (possession) كحيازة صاحب حق الانتفاع وحيازة المستأجر ، وبين مجرد الإحراز المادى (détention) كحيازة الخدم والأتباع . ونرى من ذلك أن التقنين المدني الجديد قد بقى يحمل آثار النظرية المادية في الأخذ ببعض مبادئها .

٣ - وفيما يتعلق بنص المادة ١/٧٧٤ من المشروع التمهيدي ، وهى الخاصة بحق المستأجر وأن حيازته تحمى بجميع دعاوى الحيازة ، استبقى النص كما هو - فيما عدا بعض تعديلات لفظية أجرتها لجنة المراجعة - في التقنين المدني الجديد في المادة ١/٥٧٥ منه . ويستخلص من بقاء هذا النص في التقنين المدني الجديد أن هذا التقنين قد أخذ بأهم تطبيق على النظرية المادية ، حيث أعطى للمستأجر جميع دعاوى الحيازة لحماية حيازته ، فهد بذلك الحيازة إلى الحقوق

= السابقة التى تحمل الحيازة في كل صورها لا ترد لإلحاق الحقوق (محمد على عرفة ٢ فقرة ٧٤ ص ١٢٤) . والصحيح أن لجنة مجلس الشيوخ ، كما بينا في المتن ، اعتبرت أن حيازة الشيء ليست إلا حيازة حق الملكية في هذا الشيء ، فالحيازة إذن لا تقع على الشيء وإنما تقع على الحق . ضلقت كلمة الشيء مكتفية بكلمة الحق لهذا السبب ، لا لأنها أرادت أن تنحاش الأخذ بالنظرية المادية . ولا شك في أن كلا من النظريتين الشخصية والمادية تقولان بحيازة الشيء وبحيازة الحق ، لا فرق بينهما في ذلك . والتقنينان المنهيان الألمانى والسويسرى ، وهما التقنينان اللذان أدخلتا بالنظرية المادية في نصوص صريحة ، كما يقولان بحيازة الشيء يقولان أيضاً بحيازة الحق . وفي التقنين المدنى الألمانى تجوز حيازة حق الارتفاق (م ١٠٢٩) ، كما تجوز حيازة حق الانتفاع وحق رهن الحيازة وحق المستأجر وحق المودع لديه (م ٨٦٨) . وفي التقنين المدنى السويسرى تجوز حيازة حق الارتفاق وحق رهن الحيازة ، كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية (م ٩٢٠) . والذى يميز بين النظرية الشخصية والنظرية المادية هو تفسير عنصر القصد أو النية . فتبرزه النظرية الأولى وتشترط أن تكون نية الحائز هى أن يجوز لحساب نفسه ، فالحائز لحزب غيره هو حائز عرضي . ولا تعتبر حيازته حيازة صحيحة بل هى مجرد إحراز مادى لاتحميه دعاوى الحيازة . أما النظرية المادية فتدفع عنصر النية في عنصر الحيازة المادية على الوجه الذى سبق بيانه ، وتجعل حيازة الحائز لحساب غيره حيازة صحيحة تحمى دعاوى الحيازة ، ما لم يكن الحائز خادماً أرتاباً فتجمل الحيازة الصحيحة في هذه الحالة عند المخدم أو المتبوع . وكذلك التقنين المدنى الفرنسى ، وهو التقنين الذى أخذ بالنظرية الشخصية ، يقول بحيازة الشيء وبحيازة الحق ، وقد نص على ذلك صراحة في المادة ٢٢٢٨ منه كما هو معروف .

الشخصية ولم يقصرها على الحقوق العينية ، وقد تأثر في ذلك تأثراً ظاهراً
بالنظرية المادية (١) .

ويستخلص من كل ما تقدم أن التقنين المدني الجديد ، ولو أنه أخذ من
حيث المبدأ بالنظرية الشخصية فأوجب لقيام الحيازة توافر العنصر المعنوي
وهو عنصر القصد أى نية استعمال حق من الحقوق (٢) ، قد تأثر تأثراً كبيراً
بالنظرية المادية . فـد الحيازة ، أخذاً بهذه النظرية : إلى الحقوق الشخصية ،
ولم يقصرها على الحقوق العينية كما قصرتها النظرية الشخصية . وأخذ بأهم
تطبيق عمل للنظرية المادية ، إذ حى حيازة المستأجر بجميع دعاوى الحيازة
فى المادة ١/٥٧٥ منه ، فأقر بذلك حيازة الشخص لحساب غيره وجعلها
حماية بالمعنى الصحيح (possession) تحمى بجميع دعاوى الحيازة . وميز فى الوقت
ذاته ، فى الحيازة لحساب الغير ، بين الحيازة بالمعنى الصحيح كحيازة المستأجر ،
ومجرد الإحراز المادى (détention) كما هو الأمر فى حيازة الخدم والأتباع
لحساب غلومهم ومتبوعهم ، وذلك فى المادة ٩٥١ منه ، وقد أخذ
فى ذلك بالنظرية المادية (٣) .

(١) أنظر فى ذلك الوسيط ٦ ققرة ٢٧١ ص ٣٥٤ - ص ٣٥٦ وقررة ٢٨٢ ص ٣٧٢ .
(٢) ويدل على ذلك أن المادة ٩٦٣ مدنى قابلت ما بين الحيازة المشتتة على عنصر نية
استعمال الحق ومجرد الحيازة المادية ، حين نصت على أنه «إذا تنازع أشخاص متصفون على حيازة
حق واحد ، احتج بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية ، إلا إذا ظهر أنه قد حصل
على هذه الحيازة بطريقة معينة » . انظر فى هذا المعنى أحمد أبو الوفا فى المرافعات المدنية
والتجارية ص ١٢٢ - عبد المنعم البدواوى ققرة ٤٨٧ ص ٥٠١ .

(٣) وإذا كانت محكمة النقض قد قضت بأنه يجب توافر نية التملك لمن يبتنى حماية يده
بدعوى الحيازة فلا تكن حيازة عرضية ، أما ما أباحه القانون المدنى فى المادة ٥٧٥ للمستأجر
وهو حائز عرضى من ربح دعوى الحيازة . فإما جاء استثناء من الأصل لا تطبيقاً لمبدأ
عام ، وذلك لمركز المستأجر من احتياز خاص دون سائر الحائزين العرضيين كالحارس
والمرتبين حيازياً والمودع لديه (نقض مدنى ١٢ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم
٧٠ ص ٥١٧ - وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٩
ص ١٠٦) ، فإن سكها هذا يستوقف النظر . ذلك بأن المستأجر لا تحميه دعوى الحيازة فى
حق الملكية ، لأنه حائز عرضى بالنسبة إلى هذا الحق . وإنما تحميه هذه الدعوى فى حقه
كستأجر ، لأنه فيه حائز أصيل . فهو إذن لم يمتنع استثناء من الأصل كما تقول محكمة النقض ،
بل جاء تطبيقاً لمبدأ العام الذى يقضى بحماية الحائز الأصيل دون الحائز العرضى . وكذلك يجب

٢٦٨- انتفاء عنصر القصد في إثباته الرخصة من المباحات وفي أعمال

التسامح نص قانوني : تنص الفقرة الأولى من المادة ٩٤٩ مدني على ما يأتي :

« لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات ، أو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح » (١) .

وهذا النص يميز بين عمليتين : (١) عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات . (٢) وعمل يتحملة الغير على سبيل التسامح . ويشترك العاملان في أن كلا منهما لا تقوم به الحيازة ، وذلك لأن كلا من عنصر الحيازة المادية وعنصر القصد يتخلف في العمل الأول فلا تقوم الحيازة لتخلف عنصرها معاً ، ولأن عنصر القصد وحده يتخلف في العمل الثاني فلا تقوم الحيازة لتخلف أحد عنصرها .

والعمل الذي يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات (acte de pure faculté) هو عمل يكون للشخص الحرية التامة في أن يأتيه أولاً

— أن يماثل المرتب حيازة ، فهو حائز عرضي بالنسبة إلى حق الملكية فلا تحمي حيازته لهذا الحق وهو حائز أصيل بالنسبة إلى حق الرهن فيحمي باعتباره حائزاً لهذا الحق .

ومهما يكن من أمر هذا الجدل ، فإن العبرة بالحللول السلية التي أوردتها المشرع ، فهي التي يجب الوقوف عندها ، دون إغراق في الاهتمام بالمبارات والتقسيمات) أنظر في هذا المعنى بودوي وتيسيه فقرة ١٩٩ مكررة سادساً ص ١٦٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١/١٣٩٩ من المشروع التمهيدى على الوجه

الآتي : « لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص على أنه رخصة ، أو عمل يتحملة الشخص على سبيل التسامح » . وفي لجنة المراجعة عدل النص تعديلاً جعله مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد تحت رقم ١/١٠٢٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢١ - ١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١/٩٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٨ - ص ٤٥١) .

ولا مقابل النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ١/٩٠٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ١/٩٠٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٢/١١٤٥ : ولا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص على أنه

مجرد إباحة ، أو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح منه . وكذلك لا تقوم على أعمال منقطعة . (موافق) .

قانون الملكية المقارنة البناني لا مقابل .

يأتيه ، فإذا أتاه لم يكن لأحد أن يمنعه منه . فهو إذن في إتيانه لهذا العمل لا يتعدى على حق لأحد ، ولا يتحمل منه أحد هذا العمل على سبيل التسامح . بل إن العمل محض رخصة يأتيها ، فلا هو في إتيانها حاز حقاً لأحد ولو مجرد حيازة حادية ، ولا هو من باب أولى توافر عنده عنصر قصد استعمال حق لأحد ، ومن ثم لا تقوم الحيازة باتيان هذه الرخصة لتخلف عنصريها كما سبق القول . من ذلك أن يقيم شخص حائطاً على حدود ملكه يفصل بينه وبين جاره ويفتح في هذا الحائط منوراً مستوفياً لشروطه ، فهو في فتحه للمنور إنما أتى رخصة من المباحات لم يقصد بها الاعتداء على حق لأحد ولم يقع بها فعلاً أى اعتداء على حق لأحد . فلا تقوم له حيازة في هذه الحالة ولا يكسب حقاً قبل الجار ، ويجوز للجار حتى لو بقي المنور مفتوحاً مدة خمس عشرة سنة أو أكثر أن يقيم حائطاً في حدود ملكه يسد به المنور ، ولا يجوز لصاحب المنور أن يتمسك بأنه كسب حق فتح المنور بالتقادم (١) . ومثل آخر للرخصة يأتيها الشخص فلا تقوم له حيازة ولا يكسب حقاً أن يفتح مطلقاً مستوفياً لقيود المسافة ، فهو في ذلك إنما يستعمل رخصة في حدودها القانونية . ومن ثم يجوز لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطاً في حدود ملكه دون أن يبعد عن هذه الحدود بالمسافة القانونية ، لأن صاحب المطلق لم يكسب حقاً قبل جاره بفتح المطلق إذ هو لم يأت في ذلك إلا برخصة من المباحات (٢) . ولكن الجار لا يستطيع أن يفتح في الحائط الذي

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٤٨١ ص ٧٩٠ - وانظر استئناف مصر ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٣٠ ص ١٢٧ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٢٧ ص ٣٢٢ - ملحق الكلية ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٠٣ ص ١٦٩ - نقض فرنسي ٣ مارس سنة ١٩٣١ جازيت دي باليه ١٩٣١ - ١ - ٦٥٩ - بودري وتيسيه فقرة ٢٧٧ ص ٢١٥ - بلانويل وريير ويكار ٣ فقرة ٩٦٢ ص ٩٤٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المطلق لا يعتبر ارتفاعاً العقار المطلق على العقار المطلق عليه حتى كان مفتوحاً على المسافة القانونية ، أما فتح المطلق على أقل من المسافة القانونية فهو أصلاً من التصرفات التي يملكها كل مالك في ملكه ، له نفعه وعليه خطره . ولابد ، لاعتباره مبدأ لوضع يد على حق ارتفاق بالمطلق يكسب بالتقادم ، من انتفاء مظنة الغفو والفضل من جانب صاحب العقار المجاور ، وانتفاء شبه الانتصار في الانتفاع بالمطلق على القدر الذي تركه فاتحه من ملكه بينه وبين جاره . وهذه الشبهة وتلك المظنة تتأكدان بإقامة سور فاصل بين المالكين ، ومن شأنه ذلك من مجال النظر من المطلق . فإذا فتح المالك في ملكه نوافذ على أقل من المسافة القانونية مع =

أقامه في حدود ملكه مطلقاً لأنه لا يكون في حدود المسافة القانونية ، وعليه إذا أراد فتح مطلقاً في هذا الحائط أن يعتمد عن الخط الفاصل بمقدار المسافة القانونية ، أو أن يقتصر على فتح منور إذا أقام الحائط في حدود ملكه (١) .

ويلاحظ فيما قدمناه من الأمثلة على إثبات رخصة من المباحات أن الشخص يأخذ رخصة ، أي يقوم بعمل إيجابي ، ولكن هذا العمل لا تقوم به الحيازة ولا يكسب حقاً بالتقدم كما قلنا . وهناك صورة عكس ذلك ، يتمتع فيها الشخص عن إثبات رخصة من المباحات ، أي يقوم بعمل سلبي . وفي هذه

وجود سور لجاريقائها ، فانه ، مهما يكن في هذا السور من فجوات تسحج به النظر على ملك الجار ، إنما يكون مخالفاً في نفسه هذه النواظ ، من جهة تصور عمله هذا في الدلالة على معنى القس (emphyteusis) الذي هو شرط لازم لنشوء حالة وضع اليد بالمعنى القانوني على حق ارتفاق بالمطل يراد كسبه بمضي المدة على ملك الغير ، ومن جهة أخرى لوضوح الدلالة المستفادة من قيام السور على عدم تهاون صاحبه في أن تظل على ملكه تلك النواظ وعلى احتفاظه بحقه في البناء على نهاية ملكه في كل وقت . ولا يرد على ذلك بأن صاحب السور يتبرأه في ترميمه وسد فجواته قد أسقط حقه في هذا الترميم ، وأنه يمكن الجار بابتاعه من إجرائه من كسب حق عليه ، إذ حق المالك في ترميم ملكه لا يسقط بعدم الاستعمال ، ولا يتقيد صاحبه فيه بغير اتفاق صريح (نقض مدني ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٤ ص ١٣١) - وانظر أيضاً نقض مدني ١٤ يونيو سنة ١٩٥١ مجلة التشريع والقضاء ٥ رقم ٦٥ ص ٢٣٧ - امكتونية الكلية ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ الحاماة ١٠ رقم ٢٩٦ ص ٥٩٢ - طنطا الكلية ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ١٠٢ ص ١٦٩ - مصر الكلية ٢٠ يونيو سنة ١٩٤٠ الحاماة ٢٣ رقم ٢٢٧ ص ١٢٥٤ .

(١) انظر الوسيط ٨ فقرة ٤٧٨ ص ٧٨٢ - وانظر نقض مدني ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٤ ص ١٣١ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٨ الحاماة ١٨ رقم ٢٨٩ ص ٨٤١ - ولا يوجد في مصر حق سبيل بالنسبة إلى المياه التي تنحدر بفعل الطبيعة من الأراضي المرتفعة ، كياه الأنهار . فإذا تحمل صاحب الأرض المنخفضة سبيل هذه المياه على سبيل التسلسل ، لم يكسب صاحب الأرض المرتفعة حق ارتفاق بالمسبل ولو بقيت المياه تسيل في الأرض المنخفضة خمس عشرة سنة أو أكثر . وإذا انتزع صاحب الأرض المنخفضة بالمياه التي تسيل في أرضه . فإن هذا عمل يند رخصة من المباحات يأتيها دون أن يكسب بها حقاً . فلو قرر ينزع بهذه المياه خمس عشرة سنة أو أكثر ، وأراد صاحب الأرض المرتفعة بعد انقضاء هذه المدة أن يمنع من هذه المياه ، بأن يقيم ملائداً يحول دون سيلها في الأرض المنخفضة ، فليس لصاحب الأرض المنخفضة أن يتسكك بأنه كسب حق ارتفاق لأنه ظل ينزع بالمياه خمس عشرة سنة ، فهو في انتفاعه بهذه المياه إنما أتى كما قلنا برخصة من المباحات لا يكسب بها حقاً (بودي وهسيه فقرة ٢٧٧) .

الحالة لا تكون بصدد عدم كسب حق عن طريق التقادم المكسب ، بل تكون بصدد عدم سقوط حق عن طريق التقادم المسقط . مثل ذلك أن يكون للمالك الأرض حق البناء عليها وأن يعلى بنائه كما يشاء في الحدود التي ترسمها اللوائح والقوانين ، فهذه رخصة للمالك الأرض له ألا يأتيها ، فإذا هو لم يقيم على أرضه بناء وتركها فضاء مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، فإن رخصته في البناء لا تسقط بالتقادم المسقط ، ويستطيع أن يقيم بناء على أرضه في أى وقت شاء . ولا يستطيع جاره أن يحتج بأنه بقي ينفذ بمجاورته لأرض فضاء لا تحول دون الرؤية إلى مدى واسع مدة خمس عشرة سنة ، وبأنه كسب حق ارتفاع على جاره بعدم البناء (*servitude non aedificandi, non altius tollendi*) على هذا النحو . ومثل ذلك أيضا أن لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة ، فهذه رخصة ، للجار ألا يأتيها مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، ولا تسقط رخصته في طلب وضع الحدود بانقضاء هذه المدة ، وتبقى دعوى تعيين الحدود غير قابلة للسقوط بالتقادم (١) . ومثل ذلك أخيرا أن للجار الذي لم يساهم في نفقات تغطية الحائط المشترك أن يصبح شريكا في الجزء الممل (٨١٦م مدني) فهذه أيضا رخصة للجار ألا يأتيها ، فإذا هو لم يأتيها وانقضت على التغطية مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، لم تسقط رخصته في أن يطلب الاشتراك في الجزء الممل ولو بعد انقضاء هذه المدة (٢) . ففي هذه الأمثلة وغيرها (٣) لنا في صدد إثبات رخصة من المباحات لا تقوم به الحيابة ولا يكسب حقا بالتقادم كما في الأمثلة المتقدمة ، بل نحن في صدد عدم إثبات رخصة من المباحات والرخصة إذا لم تستعمل لا تسقط بالتقادم (٤) .

(١) انظر الوسيط ٨ فقرة ٤٥٨ ص ٧٤٣ .

(٢) انظر الوسيط ٨ فقرة ٦٠٨ ص ١٠٠١ .

(٣) وذلك كحق الشريك في طلب قسمة المال الشائع فهذه رخصة ، وحق الجار في طلب حق المرور أو حق الشرب أو حق المجرى أو حق المسيل عندما تتوافر الشروط التي يتطلبها القانون فهذه كلها رخصن للشخص أن يستعملها أو ألا يستعملها ، وهي لا تسقط بالتقادم إذا لم تستعمل .

(٤) بودرى وتيسيه فقرة ١٦١ - فقرة ١٧٤ وفقرة ٢٧٩ - فقرة ٢٨١ .

وتنقل الآن إلى الأعمال التي يتحملها الغير على سبيل التسامح (actes de simple tolérance) . وهذه الأعمال ، بخلاف إتيان الرخص من المباحات ، تتضمن حيازة مادية لحق من حقوق الغير ، فهي إذن اعتداء على هذا الحق . ولكن صاحب الحق لا يحل هذه الحيازة المادية على محمل الاعتداء ، بل بتحملها على سبيل التسامح . وكذلك من يقوم بهذه الحيازة المادية يتجرد من عنصر القصد ، فهو لا يقصد استعمال الحق بل يقتصر على القيام بعمل مادي رخص له فيه صاحبه ولو ترخيصا ضمنيا وتسامح معه فيه ، حفاظا منه على حسن العشرة ومراعاة لحسن الجوار . فتكون الحيازة هنا قد تجردت من أحد عنصريها وهو عنصر القصد ، فقام العنصر المادي وتخلف العنصر المعنوي ، (١) فهي إذن لا تقوم (٢) . مثل ذلك أن يختار صاحب الأرض المحبوسة ممرا له ، لا في العقار المجاور بقصد استعمال حق المرور القانوني بل في عقار آخر ، أو أن تكون الأرض غير محبوسة عن الطريق العام ولكن صاحبها يمر في أرض الجار لأن المسافة منها إلى الطريق العام أقصر وأيسر . فإذا بقي صاحب الأرض في هاتين الحالتين يمارس بشكل ظاهر حق المرور خمس عشرة سنة ، فإنه يكسب بالتقادم حق ارتفاق بالمرور في الأرض التي بقي يمر فيها طول هذه المدة . وذلك ما لم يثبت أن مرور صاحب الأرض كان على سبيل التسامح ولم يكن عند هذا الأخير قصد استعمال حق ارتفاق بالمرور ، فعند ذلك تكون حيازته لحق المرور حيازة مادية محضة مجردة من العنصر المعنوي وهو عنصر القصد ، فلا يكسب أي حق (٣) . ومثل ذلك أيضا أن يفتح الجار مطلا أو منورا في الحائط المشترك ،

(١) إسماعيل غانم ص ١٠٥ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كانت الأرض موضوع النزاع من أراضي المبانى ، وكان مدعى وضع اليد عليها لم ينتفع بها أكثر من أنه شغلها بسيارات وحدائق وغير ذلك من أدوات ورشته . الملائمة لها ، فالانتفاع على هذه الصورة غير حائز للصفات الكافية لإعلام بنية تملكها ، إذ أنه من قبيل الأفعال التي تحمل على التسامح المتعارف بين الملاك المتجاورين فلا تكسب أحدهم حقاً قبل الآخر مهما طال الزمن عليها (استئناف مصر ٢٠ أبريل سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ رقم ٤٤ ص ٦٩) . وانظر بودوى وتيسيه فقرة ٢٨٢ - بلانويل وديبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦١ ص ٩٤٠ .

(٣) نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٧ - الوسيط ٨ فقرة ٤٧١ ص ٧٧١ - ص ٧٧٢ . وقد جاء في المذكرة -

ويبقى المثل أو المنور مفتوحا لمدة اللازمة للتصامح ، فإن الجار يكسب حق ارتفاق بالمثل أو بالمنور في الحائط المشترك . وذلك ما لم يكن جارة الشريك في الحائط قد تركه يفتح المثل أو المنور على سبيل التسامح ، فعند ذلك تكون حيازة المثل أو المنور حيازة مادية محضة مجردة من العنصر المعنوي وهو عنصر القصد ، فلا يكسب الجار أى حق^(١) . ومثل ذلك أيضا أن يقيم الجار على حدود ملكه حائطا يفتح فيها مطلا على أرض الجار وهي أرض فضاء ، فيطلب أن يترك صاحب الأرض القضاء جاره يفتح المثل على سبيل التسامح ، لأن فتح المثل في هذه الحالة لا يضايقه إذ أن أرضه فضاء فلا يضيقه أن يفتح جاره مطلا عليها . وعلى ذلك يكون الجار الذى فتح المثل وتسامح له جاره في ذلك لم يحز حق المثل إلا حيازة مادية محضة مجردة من العنصر المعنوي وهو عنصر القصد ، فلا يكسب حق ارتفاق بالمثل على جاره ولو بقى المثل مفتوحا لمدة خمس عشرة سنة أو أكثر^(٢) . ومثل ذلك أيضا أن يترك الجار مواشى جاره رعى في أرضه على سبيل التسامح فلا يكسب الجار صاحب المواشى حق ارتفاق ويجوز منعه في أى وقت من رعى مواشيه في أرض الجار^(٣) ،

— الإيضاحية للمشروع النهيى : • ويجب أن تكون الحيازة سيطرة مضيعة ، لا مجرد وضعة ولا عملا يقبل على سبيل التسامح . فإن كان يمر بأرض جاره ، وقد رخص له الجار في ذلك لا على أن له حق ارتفاق ، لا يعتبر حائزا لحق المرور (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٠) .

(١) انظر الوسيط فقرة ٦٠٣ ص ٩٩٦ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع النهيى في هذا الصدد : • ومن فتح مطلا على أرض فضاء بجاره ، فترك الجار المثل على سبيل التسامح إذ هو لا يضايقه مادامت أرضه فضاء ، لا يعتبر حائزا لحق المثل • (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٠) . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان بين من الأوراق أن المثلان تمسك في كافة مراحل التقاضى بأن المثلان المشار إليهما في طعن لا يمكن أن تكسب حق ارتفاق المثل لأنها مفتوحة على أرض فضاء ومتروكة عن طريق التسامح وأن التسامح لا يكسب حقا ، وكان هذا الدفاع من شأنه لو ثبت أن يعتبر به وجه الرأى في الدعوى ، وكان الحكم غلوا من المصالحات ، فإنه يكون قد شابه قصور يطله في هذا الخصوص (نقض ملف ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة للمكتب القنى لأحكام النقض في ٢٥ جمادى الأولى ص ٥٥٠ رقم ٢٥) .

(٣) أو أن تقيم البلدية في أرضه ، عند حصد المحصول ، سوقا ، فلا تكسب البلدية حق انتفاع ، لأن صاحب الأرض إنما ترك البلدية تقيم السوق على سبيل التسامح (نقض فرنسى -

أو أن يترك الجار طريقاً خاصاً لا يستعمله يمر فيه جاره على سبيل التسامح فلا يكسب هذا الجار لا حق ملكية ولا حق ارتفاق بالتقادم ، أو أن يترك الجار لجاره مخزناً مهجوراً يضع فيه أمتته على سبيل التسامح فلا يكسب هذا الأخير ملكية المخزن بالتقادم . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كانت الأعمال التى قام بها الجار قد تحملها منه جاره على سبيل التسامح ، فلا تكسب هذه الأعمال لا حق ملكية ولا حق ارتفاق (١) . وقد يدق الأمر ، فيتمس القاضى أية علامة مادية تم من نية التسامح عند الجار ، كأن يحيط الطريق الذى يمر فيه جاره بسياج يدل على نيته فى الاحتفاظ بطريقه ، ولو فتح فى هذا السياج باباً يمر منه جاره فيكون هذا المرور على سبيل التسامح (٢)

٤ - يوليه سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٦ - ١ - ٣١ - بودى ونيسيه قرة ٢٨٢ ص ٢٢٠ - بلانيول وديير ويكار - ٣ قرة ٩٦١ ص ٩٤٠ .

(١) ولارقابة على محكمة الموضوع فى تقريرها ، متى كان هذا التقرير مبنياً على أسباب سائفة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا استتجت المحكمة من علاقة الابن بأبيه أن انقطاع الأب يملك ابته كان من قبيل التسامح ، وأن يده بناء على ذلك يد حارضة لا تكسب الملكية بنفس المدة ، فلا رقابة عليها لمحكمة النقض ، لتكون ذلك من التقديرات الموضوعية التى لا شأن لمحكمة النقض بها مادامت مبنية على ما يسوغها (نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة محرر ٤ رقم ١٧٥ ص ٥٣١) . وقضت أيضاً بأنه إذا استتجت المحكمة من الوقائع أن انقطاع واضح اليد إنما كان مبنياً على التسامح الذى يحدث بين الجيران ، فذلك لا يخرج عن حدود سلطتها ، ولارقابة عليها فيه لمحكمة النقض (نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة المكتب القضى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٦ رقم ٢) . ويلاحظ أن الحوار فى ذاته سبب سائف لتسامح الجار مع جاره ولولم نقل بأن أعمال التسامح لا تجعل لجار حقاً ، لتتبد كل جار مع جاره ، ولكنه من إتيان أعمال فى ملكه لا ضرر عليه منها ، غشية أن يكسب الجار حقاً على ملك جاره (بلانيول وديير ويكار ٣ قرة ٩٦١ ص ٩٤١) .

والرأى الراجح أن التسامح لا يحد به إلا بالنسبة إلى الشخص الذى صدر منه التسامح ، فلذا باشر شخص حق ارتفاق على أرض جاره عن طريق تسامح الجار ، فحق الارتفاق لا ينقل فى حق هذا الجار ، ولكنه ينفذ فى حق الغير (أوبرى ورو ٢ قرة ١٨٠ ص ١٣١ وحاشى ١٦ - بلانيول وديير ويكار ٣ قرة ٩٦١ ص ٩٤١ - نقض فرنسى ٦ مارس سنة ١٨٥٥ سيرة ٥٥ - ١ - ٥٠٧ - ٢٥ يوليه سنة ١٨٨٧ سيرة ٩٠ - ١ - ٣٩٩ - وانظر عكس ذلك حبرار قرة ٤٩٢ - لوران ٣٢ قرة ٢٩٧ - بودى ونيسيه قرة ٢٨٤) .

(٢) نقض فرنسى ١٢ فبراير سنة ١٨٨٩ دالوز ٨٩ - ١ - ٢٢٩ - ١٨ مايو سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ١ - ٢٩٧ - بودى ونيسيه قرة ٢٨٥ ص ٢٢١ .

ويجوز أن تقلب الأعمال التي يستعمل الشخص بواسطتها رخصة من المباحات ، أو التي يقوم بها على سبيل التسامح من الجار ، إلى أعمال حيازة صحيحة تتوافر فيها عناصر الحيازة المادى والمعنوى . فتتغير صفة هذه الأعمال ، وبعد أن كانت أعمالا لا تقوم بها الحيازة ، تصبح أعمالا تتم بها الحيازة وتنتج آثارها . ويتحقق ذلك بأن يأق الجار الذى يستعمل الرخصة أو يقوم بأعمال التسامح بعمل مادى يعتبر معارضة لحق المالك ، ويشمره بأنه إنما يحوز حقا وأنه يقصد استعماله ، فتصبح حيازته لهذا الحق حيازة صحيحة قد توافر فيها العنصر المادى والعنصر المعنوى ، وتنتج آثارها القانونية . فيعمد مثلا صاحب الأرض المنخفضة التى يتلقى ماء المطر من الأرض المرتفعة ويياشر رخصة الانتفاع بها إلى وضع مواسير فى الأرض المرتفعة تنقل منها المياه إليه ، فيبدل بذلك على نيته أنه لا يياشر رخصة وإنما يستعمل حقا ، وتصبح حيازته حيازة صحيحة كاملة ، وإذا استمر هذا الوضع مدة خمس عشرة سنة فإنه يكسب حق ارتفاع على الأرض المرتفعة . أو يعمد الجار الذى يمر فى أرض جاره على سبيل التسامح إلى ترصيف الطريق الذى يمر فيه أو إلى تعميده إذا لم يكن معبدا ، وإلى إحاطته بسياج ليختص به وحده ، مما يقطع فى أن نيته قد تحولت من القيام بعمل على سبيل التسامح إلى القيام بعمل من أعمال الحيازة الصحيحة الكاملة التى توافر فيها عناصرها المادى وعناصرها المعنوى ، فإذا استمر الوضع على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة دون معارضة من الجار ، فإن الحيازة تنتج أثرها ويكسب الحائز حق ارتفاع بالمرور فى الطريق أو حق ملكية الطريق ذاتها بحسب الأحوال . ولهذا نظير فى الحيازة العرضية ، فسرى أن هذه الحيازة تقلب إلى حيازة صحيحة غير عرضية إذا تغيرت صفة الحيازة بفعل يعتبر معارضة لحق المالك (م ٩٧٢ / ٢ مدنى) (١) .

٢٦٩ - عنصر النقص يجب أنه يوجد عند الحائز شخصيا فهو يجوز

الكتابة فيه إلا إذا لاه الحائز عديم التمييز - نص قانونى : تنص المادة ٩٥٠ مدنى على ما يأتى :

(١) انظر مالمقرة ٢٧٢ - وانظر بودرى ونيسه فقرة ٢٨٦ - بلايول وريير سويكار ٣ فقرة ٩٦١ ص ٩٤١ .

• يجوز لغير المميز أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية (١) .

وقد قدمنا (٢) أن العنصر المادي للحيازة، أي السيطرة المادية، تجوز مباشرتها بواسطة الغير، كالخادم والتابع والحائز العرضي. أما العنصر المعنوي للحيازة وهو عنصر القصد، فهو بخلاف العنصر المادي لا تجوز مباشرته بالواسطة، بل يجب أن يكون موجوداً عند الحائز نفسه شخصياً. فلا يجوز أن يكون عنصر القصد عند غير الحائز، ولا يصح أن يجوز شخص حقاً ويكون قصد استعمال هذا الحق موجوداً عند غيره، لأن القصد أمر شخصي فلا بد أن يوجد عند شخص الحائز ومع ذلك إذا كان الحائز عديم التمييز (٣)، كالصبي غير المميز والمجنون والمتوه غير المميز، فإن إرادته تكون معلومة، فيستحيل أن يتوافر عنده

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ١٤٠٠ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الملى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة، بعد تعديل لفظي، تحت رقم ١٠٢٥ في المشروع النهائي وأعاد مجلس النواب إلى ما كان عليه في المشروع التمهيدى تحت رقم ١٠٢٢، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٠ (مجموعة الأعمال التصديرية ٤٥٢ - ص ٤٥٣).

ولا مقابل النص في التقنين الملى السابق.

ويقابل في التفتينات الملغية العربية الأخرى:

التقنين الملى السوري م ٩٠٨ (مطابق).

التقنين الملى الليبي م ٩٥٤ (مطابق).

التقنين الملى العراقي لا مقابل.

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٦١.

(٣) أما إذا كان الحائز مميزاً، كالصبي المميز والمجنون عليه لطفه، فإنه يجوز أن يتوافر عنده شخصياً عنصر القصد، إذ لا يشترط في توافر عنصر القصد كالأهلية، بل يمكن التمييز (استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المضافة ٢٠ رقم ١٧٢ ص ٤٥٧). لأن الأهلية واقعة مادية وليست تصرفاً قانونياً حتى تشترط الأهلية (محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١١ - محمد حل حرفة ٢ فقرة ٨٠ ص ١٤٠). وعنصر القصد، أي نية التملك، من مسائل الواقع، وللمحكمة الموضوع السلطة التامة في التعرف على نية واضع اليد من جميع عناصر الدعوى، وقضاؤها في ذلك لا يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض، مادامت هذه العناصر مدونة في حكمها وتلقه تلك النتيجة إلى استبعادها (نقض ملغى ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الملى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٦ رقم ٩).

عنصر القصد ، إذ أن هذا العنصر يصرح بوجود الإرادة . ومن ثم تقضى الضرورة هنا أن يكون عنصر القصد موجودا عند من يتوب نيابة قانونية عن عديم التمييز ، من ولى أو وصى أو قيم . فيحوز عديم التمييز الحق ، ويتوب عنه نأبه فى كل من عنصرى الحياة ، العنصر المادى والعنصر المعنوى ، ذلك لأن العنصر المادى أى السيطرة المادية لا تتحقق إلا عن طريق أعمال إرادية ، وعديم التمييز لا إرادة له ، فهو غير قادر على السيطرة المادية وهى العنصر المادى ، كما هو غير قادر على عنصر القصد وهو العنصر المعنوى ، فيتوب عنه نأبه فى كل من العنصرين (١) .

٢٧٠ - الحياة العرضية أو الحياة لحساب الغير : والحياة العرضية (possession précaire) ليست حياة صحيحة ، لأن من يحوز الحق حياة عرضية لا يحوزه لحساب نفسه ، بل يحوزه لحساب غيره . فعنصر القصد ، أى قصد الشخص استعمال الحق لحساب نفسه ، غير موجود عند الحائز العرضى ، بل هو موجود عند الغير الذى يستعمل الحق باسمه . فهذا الغير هو الحائز ، يأشر عنصر القصد أصيلا عن نفسه ، ويأشر عنصر السيطرة المادية بواسطة الحائز العرضى . فمالك الشيء مثلا يحوزه عادة ، أى يجمع بين عنصرى الحياة ، فيسيطر على الشيء سيطرة مادية بقصد استعمال حق الملكية فيه لحساب نفسه . وقد ينتقل السيطرة المادية على الشيء لحائز عرضى ، كتأيع أو وكيل أو صاحب حق انتفاع أو دائن مرتين رهن حياة أو مستأجر أو مستعير أو مودع عنه . ويبقى محتفظا بعنصر القصد ، أى قصد استعمال حق الملكية ، ولكن عنصر السيطرة المادية ينتقل إلى الحائز العرضى ، فيكون المالك حائزا للشيء بواسطة الحائز العرضى (corpore alieno) . والذى يميز الحائز العرضى أن حياته للشيء حياة مادية محضة ، وأنه يحوزه لحساب غيره ، وأنه يلتزم برده للمالك . وهذا الالتزام بالرد (obligation de restitution)

(١) انظر آنفاً ص ٨٠٦ - وانظر بلانويل وريير ويكار ٣ فقرة ١٤٩ - كولان وكاييتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٦٢ ص ٩٤٦ - ملزو فقرة ١٤٣١ ملوك وروغو فقرة ١٨ ص ٢٦ - حى كبيرة ص ٩٤ .

هو الذى يحدد مركز الحائز العرضى ، وهو الذى يجعل حيازته حيازة مادية محضة (détention) أى حيازة عرضية . فالحائز العرضى (promoteur) (précaire) إذن هو كل شخص انتقلت إليه من الحائز السيطرة المادية على الشيء يياشرها باسم الحائز ولحسابه ، وذلك بموجب عقد كما هى الحال فى التابع والوكيل والمستأجر والمستعير وصاحب حق الانتفاع والمرتهن زهن حيازة وغيرهم ممن يرتبطون بعقد مع الحائز ، أو بحكم القضاء أو القانون لتأدية مهمة معينة كما هى الحال فى الحارس والسنديك ومصنئ التركة ومصنئ الشركة بعد حلها والوصى والقيم والوكيل عن القالب . وينشأ الالتزام بالرد من العقد أو من القانون بحسب الأحوال (١) . والحائزون العرضيون فريقان :

(الفريق الأول) الحائزون العرضيون الذين يتزلون من الحائز الأصلى مترلة التابع من التبوع ، فيأتمرون بأوامره ويلتزمون بتعلياته وليست لهم أية حرية فى التصرف . وقد قلنا (٢) أن المادة ٩٥١ مدنى ، وتنص الفقرة الأولى منها على أن « تصح الحيازة بالوساطة ، متى كان الوسيط يياشرها باسم الحائز ، وكان متصلا به اتصالا يلزمه الاثثار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة ، مقصورة على هؤلاء . ورأينا (٣) أن هذا الفريق الأول يشمل الخدم والعمال والمستغلين وسائر الأتباع كالطاهى والسائق وناظر الزراعة ، والوكيل مادام يعمل باسم الموكل ويأتمر بأوامره فيما يتعلق بحيازة الشيء الذى اشتراه فى حدود الوكالة (٤) ، والولى والوصى والقيم إذا كان القاصر أو المحجور عليه مميزا ، والمدير أو المفوض من الشخص المعنوى فى حيازة ماله ، وبوجه عام كل شخص يياشر

(١) فالحيازة العرضية إذن هى مركز يتفق مع القانون ، بخلاف الحيازة غير العرضية فلها مركز قد يتفق مع القانون كما فى حيازة الملك لما يملكه ، وقد يخالفه كما فى حيازة الصئ لشيء الذى يملكه وحيازة المنتصب لشيء الذى ينتصبه . والحائز العرضى إنما يجوز لشيء حيازة مادية بناء على سند قانونى صحيح ، إما لأنه تماق مع الحائز ، أو لأن القانون يفرض عليه مهمة معينة تستوجب انتقال الحيازة المادية إليه . ولكن هذا السند القانونى الصحيح هو نفسه الذى يجعل الحيازة حيازة عرضية ، لأنه يتضمن اعتراف الحائز العرضى بأنه يجوز لشيء لحساب غيره . وبأنه ملتزم برده لهذا الغير (بلانويل وريبير وييكار ٣ فقرة ١٦٠) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٦١ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٢٦١ .

(٤) انظر نقض مدنى ٦ يونيو سنة ١٩٦٣ بمجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١١١ من ٧٩٢ .

للسيطرة المادية على الشيء لحساب غيره ويكون تابعا بآثره في هذه السيطرة بأوامر من يباشرها لحسابه .

(والفريق الثاني) الحائزون العرضيون الذين يحوزون لحساب غيرهم ، ولكنهم لا يعتبرون أتباعا للحائز الأصلي بل يبقى لهم شيء من حرية التصرف في حيازتهم . ويدخل ضمن هؤلاء صاحب حق الانتفاع أو حق الاستعمال أو حق السكنى ، وصاحب حق الحكر ، والدائن المرتهن رهن حيازة ، والمستأجر والمزارع ، والمستعير ، والحارس والمودع عنه (١) . فهؤلاء يفتقون مع الفريق الأول في أنهم مثله يحوزون لحساب غيرهم ، فهم جميعا حائزون عرضيون (٢) . ولكنهم يختلفون عن الفريق الأول في أنهم لا يقتصرون

(١) أما البائع الذي لم يلم البيع إلى المشتري واستبقاه في حيازته ، وعارض حق المشتري معارضة يستخلص منها أنه قصد استبقاه الحيازة لحساب نفسه ، فانه لا يعتبر حائزا عرضيا بل حائزا أصليا ، ويجوز أن يملك البيع بالتقادم الطويل . ولا يمتنع من ذلك ضمانه للعرض إذا سقطت دعوى الضمان بالتقادم . انظر في هذه المسألة توسط ٤ ققرة ٢٢١ . وقد قضت محكمة النقض بأن التزام البائع بضمان عدم العرض لل التزام أبهى يتولد من عقد البيع ولولم يشتر ، فيمتنع حل البائع العرض للمشتري لأن من وجب عليه الضمان يحرم عليه العرض . وينتقل طم الالتزام من البائع إلى ورثته ، فيمتنع عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع ، إلا إذا توافرت لديهم أولوى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد حل العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية (نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٧ ص ١٢٣) . وانظر أيضاً نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ ص ٦٩ - ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ الحاماة ٢٢ رقم ٢٨٥ ص ١١٢١ - ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٩٥ ص ٦١٤ - ٢١ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ٣٥٥ - ٢٨ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ٣٩٨ - استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣٢ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ١٤ - أول يولييه سنة ١٩٤٣ م ١٥ ص ١٧٢ - وانظر من هذا الرأي في الفقه : لوران ٣٢ ققرة ٢١٤ - هيك ١٤ ققرة ٣٧٣ - بودري وتيسيه ققرة ٣٠٦ - محمد علي حرق ٣ ققرة ١٤٣ - حسن كبيرة ص ٩٥ - وانظر من الرأي المعكس : كولان وكايتان ودو لاموراندير ٢ ققرة ٥٦٧ - الحلال وحامد زكي . في البيع ققرة ٢٤١ - عبد النعم فرج الصدة ققرة ٣٥٤ ص ٥٤٠ ملش ٣ .

(٢) ولكن يشترط أن يكون الحائز العرضي حائزا فلا لحق وله السيطرة المادية عليه ، فلا يكن مثلا صدور عقد إيجار للمستأجر بملكه حائزا عرضيا إذا كان لم يستول فلا حل العين المؤجرة . وقد قضت محكمة النقض بأن تأجير ناظر الوقت للأهلان المملوكة للوقف

على حيازة الشيء مجرد حيازة مادية (*détention*) ، بل هم يجمعون إلى هذه الحيازة المادية حيازة صحيحة كاملة (*possession*) لحق عيني أو حق شخصي يجوزونه لحساب أنفسهم . ويتوافر عندهم بالنسبة إلى هذا الحق عنصران الحيازة ، السيطرة المادية وقصد استعمال الحق لحساب أنفسهم ، فهم إذن لا يعتبرون حائزين عرضيين لهذا الحق ، بل هم حائزون أصليون . ويصدق هذا على الأهل على صاحب حق الانتفاع وصاحب حق الاستعمال وصاحب حق السكنى ، وصاحب حق المحكر ، والدائن المرتهن رهن حيازة ، والمستأجر والمزارع . فكل من هؤلاء يعتبر حائزاً عرضياً للشيء بالنسبة إلى حق الملكية فيه ، إذ يجوز هذا الحق لحساب المالك لا لحساب نفسه ، ولا يباشر فيه إلا السيطرة المادية نيابة عن المالك (١) . والحائز لحق الملكية هو المالك وحده ، فهو الذى يوجد عنده عنصر القصد ، ويباشر السيطرة المادية بوساطتهم (٢) . أما بالنسبة إلى الحق العيني من حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى أو حق محكر أو حق رهن حيازى ، أو بالنسبة إلى الحق الشخصى من حق المستأجر

— هو عمل من الأعمال القانونية ، وهو لا يكتفى لتوافر الركن المادى لحيازة الجزء المتنازع عليه من هذه الألبان ، بل يجب لتوافره وضع اليد الفعل على هذا الجزء . فإذا كان الثابت من تقرير التحير على ما جاءه بأسباب الحكم أن شخصاً آخر غير مستأجر تلك الألبان هو واضع اليد مادياً على الجزء المتنازع عليه ، وأنه لم يكن ينفذ عنه إيجاراً لناظر الوقت ولا لمستأجره ، فإن القول بأن ناظر الوقت كان يضع يده على هذا الجزء لجرد أنه يدخل فيما كان يؤجره لغيره دون التثبت من وضع اليد الفعل هو استدلال غير سائق قانوناً ، إذ العبارة بوضع اليد الفعل لا بمجرد تصرف قانونى قد يطابق أولاً طبق الحقيقة (نقض مدنى ١٤ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٢٢٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حيازة النائب تعتبر حيازة للأصيل ، فلها أن يستند إليها عند الحاجة . وإن قى ثبتت الحيازة للمستأجر في مواجهة المعارضين له ، وردت إليه بحكم نهائى ، فإن المؤجر يعتبر مستأجراً في وضع يده مدة الحيازة التى لمستأجره (نقض مدنى ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب القضى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٧ رقم ١٠) .

(٢) والمالك وحده هو الذى تتحقق في شخصه آثار حيازة حق الملكية ، فيستطيع أن يلجأ في حماية هذه الحيازة إلى جميع دعووى الحيازة ، ويتم التقدم لمصلحته إذا كان من شأن هذه الحيازة أن تؤدى إلى التقدم (بلائيول وريير ويكار ٢ ققرة ١٦٧) .

أو حق المزارع ، فإن كلا منهما يحوز الحق الذى يباشره لحساب نفسه لا لحساب المالك ، ويجمع فيه بين عنصرى الحيازة عنصر السيطرة المادية وعنصر التقصد ، فيعتبر حائزا حيازة صحيحة كاملة لهذا الحق ، ويستطيع أن يلجأ فى حماية حيازته هذه إلى جميع دعاوى الحيازة . بل إن الحيازة بالنسبة إلى هذا الحق تنتج آثارها كاملة ، فيجوز لمن يحوز حقا عينيا منهم أن يملك هذا الحق بالتقادم ، كما يجوز أن يملك الحق العيني العقارى بالتقادم التقصير إذا كان حسن النية ، وإذا كان الحق العيني منقولا تملكه بالحيازة المقرنة بحسن النية (١) .

ولما كنا هنا فى صدد الحيازة العرضية ، فتقتصر عليها لنبين أحكامها ، ويستوى فى هذه الأحكام الفريقان الأول والثانى السابق ذكرهما . وترك جانباً الحيازة الأصلية لصاحب حق الانتفاع وغيره من أصحاب الحقوق العينية والحيازة الأصلية للمستأجر والمزارع فيما يتعلق بالحق العيني أو الحق الشخصى الذى يباشره كل منهم ، فهذه الحيازة الأصلية تسرى عليها أحكام الحيازة شأنها فى ذلك شأن كل حيازة أصلية أخرى (٢) .

٢٧١- أعطام الحيازة العرضية : والحائز العرضى ، أى الحائز

لحساب غيره أيا كان ، لا يستطيع أن يملك بهذه الحيازة العرضية لكسب حق بالتقادم (٣) ، أو لحماية هذه الحيازة بدعوى من دعاوى الحيازة . وهو لا يستطيع ذلك إلا باسم الحائز الأصيل ، إذ أنه يحوز لحسابه . فالمستأجر مثلا لا يكسب حق الملكية على العين المؤجرة بالتقادم ، مهما طال مدة حيازته للعين . وإنما يستطيع أن يملك باسم المؤجر بحيازته للعين المؤجرة ، كأن يكون

(١) بودرى ونهيه فقرة ٣٠٤ - فقرة ٣٠٤ مكررة - بلاميرل وريير ويكار
٣ فقرة ١٦١ ص ١٧٧ حاش ٣ - كولان وكايجان ودى لاموراندوير ١ فقرة ١١٦٤ ص ٩٤٩ .

(٢) أنظر فى حيازة المستأجر لحقه الشخصى كستأجر حيازة أصلية وحماية هذه الحيازة بجميع دعاوى وضع اليد : الوسيط فى الإيجار ٦ فقرة ٢٧١ وفترة ٢٨٢ .

(٣) أنظر فى حيازة الوكيل العرضية وكونها لا تؤدى إلى التملك بالتقادم : نقض مدق ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب القنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٩ وتم ٢٦ - ونص المادة ٢٥٨ / ٢ من قانون الملكية العقارية البناني على ما يلى : ولا يجوز للمزارع ولا للمستغل ولا للوديع ولا للمستفيد ولا لورثتهم أن يدعوا بمرور الزمن .

الموثر غير مالك للعين ويكون قد وضع يده عليها مدة اثنتي عشرة سنة مثلاً ، ثم أجرها وحازها المستأجر مدة ثلاث سنوات أخرى ، فيعتبر الموثر قد حاز العين بواسطة المستأجر هذه المدة الأخيرة ، فيكون قد أكمل مدة التقادم لكسب ملكية العين . وكذلك لا يستطيع المستأجر أن يحسم حيازته لحق ملكية العين المؤجرة بدعوى الحيازة ، لأن هذه الحيازة حيازة مادية محضة وهي لحسابه الموثر ، فإذا لجأ مثلاً إلى دعوى منع التعرض فيما يتعلق بالملكية لم يستطع اللجوء إليها إلا باسم الموثر . وهذا لا يمنع من أن يلجأ إلى جميع دعاوى الحيازة فيما يتعلق بحيازته لحقه الشخصي كستأجر ، ويرفع هذه الدعاوى أصالة عن نفسه لا باسم الموثر ، فقد قدمنا أنه إذا كان يعتبر حائراً عرضياً بالنسبة إلى حق الملكية فإنه يعتبر حائراً أصيلاً بالنسبة إلى حقه مستأجر .

وعلى ذلك لا يستطيع الحائر العرضي أن يحسم باسمه حيازته العرضية كما قدمنا . وهذا لا يمنع من أن يلجأ إلى الوسائل التي يخولها إياه القانون لحماية نفسه ولدفع الاعتداء عنه . فيستطيع مثلاً إذا انتزع منه الشيء عنوة وجبراً أن يسترده بدعوى استرداد الحيازة ، وهذه هي دعوى الحيازة الوحيدة التي يستطيع الحائر العرضي أن يرفعها باسمه ، وذلك لحرص القانون على أن يحافظ على الأمن العام . ويستطيع الحائر العرضي أن يستبقى حيازة الشيء حتى يستوفى ماله من حقوق في ذمة الغير بسبب هذه الحيازة ، ولكن ذلك لا يرجع إلى أن القانون يحميه في حيازته العرضية ، بل يرجع إلى ماخوله إياه القانون من الحق في حبس العين حتى يستوفى ماله من الحقوق (١) :

ولا يستطيع الحائر العرضي أن يكسب بحيازته العرضية حق ملكية العين بالتقادم . فالمرتهن رهن حيازة لا يستطيع أن يكسب ملكية العين المرهونة بالتقادم ، مهما طال الزمن الذي تبقى فيه العين في يده ولوزاد على خمس عشرة سنة (٢) . ويستوى في ذلك أن يكون المالك للعين هو المدين الراهن ، أو كانت

(١) بلاتول وبيير ويكار ٣ فقرة ١٦٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن الإقرار بالاستحكار مانع من تمتك الأرض المحكرة مهما طال مدة سكوت المحكر عن المطالبة بالمحكر السنوي (نقض مدع ٢ يورنيه سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفني أحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٨ رقم ١٨ - ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٧ رقم ١٧-٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٨ رقم ١٩ - أول مارس سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٨ رقم ٢١) .

العين مملوكة لغيره . فإذا كان المالك هو المدين الرامن ، وبقيت العين في يد الدائن المرتهن رهن حيازة مدة خمس عشرة سنة أو أكثر سواء استوفى الدائن حقه أو لم يستوفه ، فإن الدائن لا يملك العين بالتقادم ضد المدين مالك العين ، وذلك طوال المدة التي تبقى فيها حيازة الدائن حيازة عرضية ولم تتغير صفاتها فتحويل إلى حيازة أصيلة على الوجه المقرر في القانون والذي سيأتى بيانه (١) . وتبقى حيازة الدائن العين حيازة عرضية لا يكسب بها ملكية العين بالتقادم ، حتى لو سقط التزامه يرد العين إلى المدين الرامن بالتقادم المسقط بعد استيفائه الدين . فسقوط الالتزام بالرد بالتقادم المسقط لا يمنع من أن تبقى الحيازة حيازة عرضية لا تصلح لكسب الملكية بالتقادم المكسب ، وإذا كان المدين الرامن لا يستطيع بعد تمام التقادم المسقط أن يرفع على الدائن دعوى الاسترداد الشخصية ، فإن ذلك لا يمنعه من رفع دعوى الاستحقاق العينية إذ أن الدائن لم يكسب ملكية العين بحيازته العرضية (٢) . وإذا كانت العين المرهونة رهن حيازة مملوكة لغير المدين الرامن ، فإن الدائن لا يستطيع أيضا بحيازته العرضية أن يكسب ملكية العين بالتقادم ضد مالكيها الحقيقي ، ويستطيع هذا الأخير أن يسترد العين من الدائن بدعوى الاستحقاق بعد إدخال المدين في الدعوى ولكن يجوز للدائن أن يكسب حق الرهن لا حق الملكية ، لأنه يجوز الحق الأول لحساب نفسه فهو أصيل في حيازته إياه كما قلنا . فإذا كان حسن النية والرهن

(١) أنظر مایل فقرة ٢٧٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن حيازة الدائن المرتهن العين المرهونة هي حيازة طرفية لا تنقل بها الملكية مهما طال الزمن (نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفني أحكام النقض في ٢٥ جلد جزء أول ص ٤٤٨ رقم ٢٢) . وقضت أيضا بأنه متى كان ملك البيع يبقى رهنا ، وإن بطلان ، سواء باعتباره رهنا لأودعاً ، لا يغير من حقيقة الواقع في ذلك ، وهو أن نية الطرفين فيه قد انصرفت إلى الرهن لا إلى البيع . ومن ثم فإن وضع يد المرتهن لا يكون بنية التمكك ، بل بنية حراسة ، فلا يكسبه الملك مهما طال عليه الزمن (نقض مدني ١٧ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني أحكام النقض في ٢٥ جلد جزء أول ص ٤٤٨ رقم ٢٣ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٤ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٨ رقم ٢٤) . وانظر أيضاً في نفس النص نقض مدني ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٨ رقم ٢٥ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٥٤٥ - ٢٤ يولييه سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٦٢٠ وانظر بودري وتيسيه فقرة ٣٢٥ .

العين من غير مالك ، فانه يكسب حق الرهن بمجرد الحيازة في المنقول ، ونخمس سنوات وهي مدة التقادم القصير في العقار . أما إذا لم يكن حسن النية وارث العين من غير مالك ، فلا يملك حق الرهن ، سواء في العقار أو في المنقول ، إلا بالتقادم الطويل أى بخمس عشرة سنة .

وتبقى الحيازة العرضية على صفتها هذه مهما طالت ، فلا تحمي بدعاوى الحيازة ولا تكسب الملكية بالتقادم على النحو الذى قدمناه . وتنقل من الحائز العرضي إلى وارثه حيازة عرضية كما كانت عند المورث ، وهكذا تنتقل من وارث إلى وارث دون أن تتغير صفتها . فلو أن حائزاً عرضياً ، كودع عنده أو حارس ، بقى واضعاً يده على العين المودعة أو الموضوعة تحت الحراسة مدة طويلة ، ثم خلفه عليها وارثه ثم وارث وارثه ، وبقيت الورثة واضعين اليد على العين مدداً طويلة أخرى (١) ، ولو بلغت هذه المدد مائة عام أو أكثر ، فإن أحداً منهم لا يكسب ملكية العين بالتقادم ، لأن كلا منهم حيازته عرضية (٢) .

(١) وقد قضى بأنه إذا كان الطامن قد دفع الدعوى بادعائه ملكية المنزل المطلوب تقديم الحساب منه بمقولة إنه وضع يده عليه هو ومورثه من قبله المدة الطويلة المكسبة للملكية ، فرفض المحكم المطعون فيه هذا الدفع استناداً إلى أن حيازة الطامن للمنزل هو ومورثه كانت حيازة عارضة (كان المورث دائماً مرتهناً) لانتقل بها الملكية مهما طال الزمن ، فإن هذا الذى أقام عليه الحكم قضاء هو تقدير سليم لا يخالفه فيه لقانون (نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٩ ص ٣١٥) . وانظر أيضاً في نفس المعنى نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٧ رقم ١١ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ٢ رقم ٢٩٥ ص ٩١٢ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٧٥ ص ٥٤٥ - ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٧٩ ص ٦٢٠ - ١٠ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٧ ص ٨٤ - وانظر بودرى وتيسيه فقرة ٣١٤ وفقرة ٣٢٢ وفقرة ٣٢٤ - ٢٥٣ - عبد المنعم فرج الفسحة فقرة ٣٥٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن القاعدة التي تقررها المادة ٧٩ مدني (قديم) صريحة في أنه لا يسيل لمن وضع يده بسبب وقته معلوم غير أسباب التملك المعروفة إلى أن يكسب لا هو ولا ورثته الملك بوضع اليد ، مهما تسلسل التوريث وطال الزمن . وحكم المادة ٧٩ مدني (قديم) يسرى على الوارث المسموع الوقت وعلى الناظر عليه وعلى ورثته من بعده ، مهما تسلسل توريثهم وطال وضع يدهم ، ولا يستطع أبهم أن يملك العين بالمدة الطويلة إلا بعد أن ينير صفة وضع يده (نقض مدني ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٧ رقم ١٦) . وانظر أيضاً : نقض مدني ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٧ رقم ١٢ - استئناف مصر ٣٤ مايو سنة ١٩٣٨ الحامدة ١٨ رقم ٤٥٧ ص ١٠٤٥ .

ويستوى في ذلك أن يكون الوارث حسن النية أو سوء النية ، كما يستوى إذا كان سوء النية أن يستبقى صفة مورثه أو أن يضع يده كمالك ، فاحتمت حيازة مورثه حيازة عرضية ، ولم يغير هو صفة هذه الحيازة بأن يحولها إلى حيازة أصيلة على الوجه الذى قرره القانون ، فان حيازته تبقى كحيازة مورثه حيازة عرضية ليس من شأنها أن تكسب ملكية العين بالتقادم . أما إذا نقل الحائز العرضى ملكية العين إلى خلف خاص بتصرف ناقل للملكية ، معاوضة أو تبرعا ، فان الخلف الخاص لا تكون حيازته حيازة عرضية ، بل تكون حيازة أصيلة تجوز حمايتها بدعاوى الحيازة وتصلح لكسب الملكية بالتقادم . ذلك لأن الخلف الخاص يتبدى حيازة جديدة توافرت فيها حصرا الحيازة من قصد وسيطرة مادية ، أما الخلف العام فتفضل إليه حيازة مورثه ذاتها فتبقى عرضية كما كانت عند مورثه (١) . ويستوى أن يكون الخلف الخاص حسن النية أو سوء النية ، فلو كان يعلم حقيقة حيازة سلفه وأنها حيازة عرضية ، فان ذلك لا يمنع من أن تكون حيازته هو حيازة أصيلة مادام سلفه قد تعامل معه لا على أنه حائز عرضى بل على أنه مالك (٢) .

وقد قدمنا (٣) إن الفقرة الثانية من المادة ٩٥١ ملغى تنص على ما يأتى :
 « وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه ، فان كانت استمرارا لحيازة سلفه افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادى بها . » ونرى من ذلك أن القانون قد وضع قرائن قانونية تدلل كثيرا من الصعاب التى تحوط بالحيازة العرضية ، وكيف تثبت هذه الحيازة . وقد قررنا في هذا الصدد (٤) أن الحيازة العرضية لا يفترض ، بل يفترض فى الحائز أنه يحوز لحساب نفسه حيازة أصيلة لاحيازة عرضية . وعلى من يدعى العكس ، ويتمسك بأن الحائز ليس إلا حائزا عرضيا يحوز لحساب غيره فلا يستطيع مثلا أن يتمسك بالتقادم ،

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٣١٧ - فقرة ٣١٨ - بلانيول وريبير وييكار ٣ فقرة ١٦٤ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى بودرى وتيسيه فقرة ٣١٩ - وانظر عكس ذلك نقض فرنسى

٨ نوفمبر سنة ١٨٨٠ دالوز ٨١ - ١ - ٢٨ - بلانيول وريبير وييكار ٣ فقرة ١٦٤ ص ١٧٩ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٦١ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٦١ .

أن يثبت ذلك فهو الذي يحمل عبء الإثبات^(١) . فإذا ما ثبت أن الحيازة حيازة عرضية وأن الحائز إنما يحوز لحساب غيره ، فإنه يفترض أنه قد بقى حائزاً عرضياً على ما كان عليه ولم تتغير صفة حيازته ، إلى أن يثبت هو أن صفة حيازته قد تغيرت وأن هذه الحيازة قد تحولت إلى حيازة أصيلة^(٢) . فتنتظر الآن كيف تتغير صفة الحيازة ، فتتحول من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة .

٢٧٢- تغير صفة الحيازة العرضية وتحولها إلى حيازة أصيلة - نص قانوني :

نص المادة ٩٧٢ مدني على ما يأتي :

- ١ - ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده . فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة .
- ٢ - ولكن يستطيع أن يكسب بالتقادم إذا تغيرت صفة حيازته ، إما بفعل الغير وإما بفعل منه يعتبر معارضة لحق المالك . ولكن في هذه الحالة لا يبدأ سريان التقادم إلا من تاريخ هذا التغير^(٣) .

(١) بودي ونيسه فقرة ٢٧٠ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٨ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢٣ من المشروع التمهيدى مل وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٧ في المشروع النهائي ، بعد إدخال تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً لكل المطابقة لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٢ - ص ٥٠٣) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ١٠٦ / ٧٩ : لا تثبت ملكية المقار والمحقوق للمنية بمضى المدة الطويلة لمن كان واضعاً يده عليها بسبب معلوم غير أسباب التملك ، سواء كان السبب ميتاً أو سابقاً من آلت منه إليه . وكل ذلك فلا تحصل الملكية بوضع اليد لتساجر والمضجع والمردع عنه والمستجير ، ولالورثتهم من يعلم .

(والنص يتفق في حكمه مع حكم التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٢١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٧٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٦٠ (موافق) .

قانون الملكية المقاربة اللبناني م ٢٦١ : لا يكتسب شخص بمرور الزمن حقاً عينياً ضد

سند الشخص أو ضد سند مورثيه .

(والنص موافق في حكمه لحكم التقنين المصري) .

وخلص من هذا النص أن الحائز العرضى يبقى حائزا عرضيا كما قلنا
 مهما طال الزمن على حيازته . فلا يستطيع أن يغير صفة حيازته هذه بمجرد
 تغيير نيته ، كأن يعلن المستأجر المؤجر مثلا أنه غير نيته من حيازة العين كستأجر
 إلى حيازتها كما لك ولو صاحب هذا الإعلان أن يتمتع عن دفع الأجرة للمؤجر .
 فان إعلانه تغيير نيته لا يغير من صفة حيازته العرضية ، وامتناعه عن دفع
 الأجرة إخلال بالتزامه كستأجر ، وهذا ذاك لا يكفيان في تحويل حيازته
 العرضية إلى حيازة أصيلة . وعلى ذلك تبقى حيازته حيازة عرضية ، ولا يستطيع
 بموجبها أن يكسب ملكية العين المؤجرة بالتقادم ، وهذا لأنه « ليس لأحد أن
 يكسب بالتقادم على خلاف سنه ، فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه
 سبب حيازته » (١) . كذلك وارث الحائز العرضى يبقى حائزا عرضيا مثل
 مورثه كما سبق القول ، ولا يستطيع تحويل حيازته العرضية إلى حيازة أصيلة
 بمجرد تغيير نيته وإعلانه أنه أصبح يحوز كما لك على خلاف حيازة مورثه .
 ومن ثم لا يستطيع كسب ملكية العين التى تلقاها من مورثه بالتقادم لمجرد أنه
 غير بنفسه لنفسه أصل حيازته وهى فى أصلها حيازة عرضية ، وهذا لأنه
 « ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنه ، فلا يستطيع أحد أن يغير
 بنفسه لنفسه . . . الأصل الذى تقوم عليه هذه الحيازة » .

ولا يستطيع الحائز العرضى أو وارثه أن يكسب بالتقادم ملكية العين ،
 إلا إذا تغيرت صفة حيازته وتحولت هذه الحيازة من حيازة عرضية إلى
 حيازة أصيلة ، ولا يبدأ سريان التقادم إلا من الوقت الذى يتم فيه هذا التحول ،
 ومن ذلك الوقت أيضا يمكن للحائز أن يحتج بدعوى الحيازة » (٢) .
 وتعتبر صفة الحيازة العرضية وتحويل إلى حيازة أصيلة بأحد أمرين (٣) :

(١) نقض مدنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ بمجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤٢ ص ٨٢٩ .

(٢) بلانويل وريير ويكار ٣ قرة ١٦٥ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « إذا كان الحائز
 بيده سنة إيجار مثلا ، فهو حائز لحق المستأجر . وليس له بمجرد تغيير نيته أن يحوز حق الملكية
 إذا لم يقرن ذلك بفعل ظاهر يصدر من الغير أو من الحائز نفسه ، كأن يتعرض الغير للحائز
 فيدعى هذا الملكية أو يمارس الحائز حق المالك بفعل ظاهر . ولا يبدأ سريان التقادم بالنية الجديدة
 إلا من وقت صدور هذا الفعل الظاهر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٨) . ويلاحظ أن -

(الأمر الأول) قل يصدر من الغير : وهذا الفعل يكون عادة تصرفاً ناقلاً للملكية (١) ، يظناه الحائز العرضى من الغير فتتغير به صفة حيازته العرضية وتتحول إلى حيازة أصيلة ، إذ أن الحائز يحوز العين من وقت هذا التصرف كمالك لحساب نفسه ، لا كحائز عرضى لحساب غيره . ومن ذلك الوقت يستطيع الحائز أن يحتضى كمالك بجميع دعاوى الحيازة كما قلنا ، كما يستطيع أن يكسب الملكية بالتقادم . مثل ذلك أن يعتقد المستأجر للعين أنه استأجر من غير المالك ، فيتقدم إلى الشخص الذى يعتقد أنه هو المالك ويشتري منه العين . فهنا قد صدر تصرف ناقل للملكية من الغير وهو الشخص الذى يعتقد المستأجر خطأ أنه هو المالك ، وقد صدر هذا التصرف إلى المستأجر وهو الحائز العرضى . فيضع هذا الحائز يده على العين كمالك بمجرد صدور عقد البيع له ، ومن ثم تنقلب حيازته من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة ، ويستطيع أن يكسب ملكية العين بالتقادم إذا أكمل مدته ضد المؤجر وهو المالك الحقيقى للعين (٢) . ولا يشترط أن يكون الحائز العرضى ، وقت أن تلقى التصرف الناقل للملكية ، حسن النية أى يعتقد أنه تعامل مع المالك الحقيقى . فلو كان

صاحبه بالذاكرة الإيضاحية ، من أن صفة الحيازة تتغير بمرور الغير للحائز فيبقى هذا الملكة محل النظر ، كما سنبين من الكلام فى الفعل الذى يصدر عن الغير فيما يلى فى نفس الفقرة . وقد قضت محكمة النقض بأن وضع اليد بسبب وقته معلوم غير أسباب التملك لا يعتبر صالحاً لتسلك به ، إلا إذا حصل تغير فى سببه يزيل عنه صفة الوقتية . وهذا التغير لا يكون إلا بإحدى اثنين : أن يتلقى ذواله الوقتية ملك العين من شخص من الأغيار يعتقد هو أنه المالك لها والمستحق للتصرف فيها ، أو أن يجاهه ذواله الوقتية مالك العين مجاهة ظاهرة صريحة بصفة الفعلية أو بصفة خفية أو غير قضائية تدل دلالة جازمة على أنه مزعم إنكار الملكية على المالك والاستئثار بها دونة (نقض مدنى ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة محرر ١ رقم ١ رقم ٣٥٢ ص ١٩٧ . وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٩ رقم ٢٨ - استئناف وطنى ٢ مايو سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١١١ ص ١٧٩ - وهذان السببان لتغير صفة الحيازة لهذا الأثر لصالح أى حائز عرضى ، وسد أى شخص آخر سواء كان من الغير أو كان هو الشخص نفسه الذى تلقى الحائز العرضى من الحيازة (بودوى وتيسيه فقرة ٣٢٧ ص ٢٥٦) .

- (١) أما التصرف المكتشف من الملكية فلا يسمح بحيازة جديدة أصيلة تختلف عن الحيازة السابقة (بودوى وتيسيه فقرة ٣٢٨ ص ٢٥٦ هامش ٣) .
- (٢) بودوى وتيسيه فقرة ٣٢٨ ص ٢٥٦ .

مىء النية ، أى يعرف أنه يتعامل مع غير المالك ، فإن التصرف الصادر إليه على هذا النحو يغير هو أيضا من صفة حيازته فتقلب هذه الحيازة من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة (١) . وفى جميع الأحوال يجب أن يتصرف الحائر على مقتضى سنده الجديد الناقل للملكية ، ففى المثل الذى قلناه يجب أن يتمتع المستأجر بعد أن تلقى التصرف من دفع الأجرة للموَجِر . فبستطيع عندئذ أن يملك العين ، إما بالتقادم القصير إذا كان حسن النية إذ أن لديه السبب الصحيح ، أو بالتقادم الطويل إذا لم يكن حسن النية . وكذلك يستطيع فى الحالتين أن يحمى حيازته الجديدة بجميع دعاوى الحيازة ، ولو ضد الموَجِر . أما إذا استمر بدفع الأجرة للموَجِر ، فإن حيازته تكون حيازة غامضة (équivoque) ، لا تصلح لكسب الملكية بالتقادم ولا لأن يحمى بدعاوى الحيازة (٢) .

ويمكن أن يصدر التصرف الناقل للملكية للحائر العرضى من نفس الشخص الذى يحوز الحائر العرضى العين باسمه ، فتحول الحيازة العرضية بذلك إلى حيازة أصيلة . وذلك بأن يصدر التصرف الناقل للملكية من الموَجِر نفسه وهو المالك الحقيقى ، فيشترى المستأجر منه العين المؤجرة ويحوزها منذ شرائها كمالك لحساب نفسه . بل قد يكون الموَجِر غير مالك للعين المؤجرة ، ويتلقى منه المستأجر عقد البيع فتحول به حيازته العرضية إلى حيازة أصيلة ، ويستطيع المستأجر فى هذه الحالة أن يكسب ملكية العين بالتقادم ضد المالك الحقيقى ،

(١) أنظر فى هذا المعنى بودرى وتيسيه فقرة ٣٢٩ - فقرة ٣٣٠ - ولكن كثيراً من الفقهاء فى فرنسا وفى مصر يخالفون هذا الرأى ويلعبون إلى وجوب أن يكون الحائر العرضى حسن النية وقت أن تلقى التصرف الناقل للملكية (بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٦٦ وص ١٨٠ هامش ١ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٣٢٨ - بيدان ٤ فقرة ٦٦٥ - محمد حل عرفة ٢ فقرة ٨٩ - عبد المنعم اليلداوى فقرة ٤٩٠ - إسماعيل خانم ص ١٠٤ - عبد المنعم فرج الصبة فقرة ٥٤٤) . ولكنهم لا يلعبون فى رأهم هذا ستما منصوص القانون الذى لا تشترط حسن النية . وقد رأينا مثل هذا الخلاف فى حالة ما إذا تلقى خلف خاص حيازة لشيء من حائز عرضى ، وقررنا هناك كما نقرر هنا أنه يستوى أن يكون الخلف الخاص حسن النية أو مىء النية (أنظر أيضاً فقرة ٢٧١) .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٣٢٨ - فقرة ٣٢٩ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة

كما يستطيع أن يمتحن جميع دعاوى الحيازة ضد المالك الحقيقي وضد المورث (١).

(والأمر الثاني) فعل يصدر من الحائز العرضى يعارض به حق المالك : ولا يكفى في ذلك مجرد إنكار الحائز العرضى لحق المالك وإعلانه ذلك على ملأ من الناس ، بل لا يكفى تصرفه في العين تتصرف المالك فيهما مثلا أو يقيم عليها بناء أو يبيعها ، فإن هذا يعد تصفا منه في استعمال حيازته العرضية وليس من شأن هذا التسف أن يغير صفة الحيازة ويحولها إلى حيازة أصيلة (٢) . يل يجب أن يعارض الحائز العرضى حق المالك فيقوم بينهما مباشرة نزاع على ملكية العين ، يدعيها الحائز لنفسه وينكر المالك عليه ذلك (٣) .

وقد يكون هذا النزاع نزاعا قضائيا ، فيطالب المالك أمام القضاء الحائز العرضى برد العين إليه ، ويدعى الحائز ملكيتها . ولكن ليس من الضروري أن يكون النزاع قضائيا ، فيكفى أن يعلن الحائز المالك بادعائه ملكية العين بانذار رسمى أو بكتاب مسجل أو غير مسجل أو باخطار شفوى على أن يكون عليه عليه هو عبء إثبات الإخطار . ففي هذه الحالة يكون الحائز قد عارض حق

(١) أنظر في هذا المعنى بودرى ونيسيه فقرة ٣٣١ - نقض فرنسى ٢ مارس سنة

١٨١٠ سيرة ٧١ - ١ - ١٦١ .

(٢) وقد قضى بأن عدم البيان وإقامتها من جديد من جانب واضع اليد بطريق النيابة من غيره لا يعتبر بذاته تغييرا لسبب وضع يد الحائز المذكور وبجاجة المالك بالسبب الجديد ، ولا يترتب على وضع اليد كسب الحائز بذلك الصفة ملكية العقار بالتقادم مهما طال الزمن (نقض مدنى ٣١ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١١٥ ص ٨٧١) . وقضى أيضا بأن وضع اليد بالواقف المستحق في الوقت والنظر عليه حتى وفاته وضع يد وقتي ، وكذلك يكون وضع يد أولاده من بعده مشوبا بالوقفية ولو كان بنو القلق ، ومن ثم فإن وعن الواقف أو أحد أولاده حين الوقف رهنا تأمينا لا يتم به تغيير صفة الحيازة ، إذ هولا يتضمن بجاجة حتى جهة الوقف بسل إيجاب ظاهر (نقض مدنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤٢ ص ٨٢٩) . وانظر أيضا نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاما جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٣٣ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٩ رقم ٣٠ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٣١ - ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٧ ص ٤٤٤ .

(٣) بودرى ونيسيه فقرة ٣٣٤ - بلانول وريير وييكار ٣ فقرة ١٦٧ ص ١٨٠ .

المالك وأعلنه بهذه المعارضة ، وذكر له أنه يضع يده على العين كمالك لا كحائز عرضي . فن وقت علم المالك بمعارضة الحائز لحقه ، تنقلب حيازة الحائز العرضية إلى حيازة أصيلة ، تجوز حمايتها بدعاوى الحيازة إذا توافرت شروطها ، وتصلح لكسب ملكية العين بالتقدم إذا توافرت الشروط واكتملت المدة . وقد لا يعلن الحائز العرضي المالك بمعارضته لحقه ، ولكن المالك يطالبه برد العين فيمتنع الحائز عن ردها مدعياً أنه هو الذي يملكها ، فيكون في هذه الحالة قد صدر فعل من الحائز يعارض به حق المالك وعلم المالك بهذه المعارضة ، فتقلب الحيازة العرضية إلى حيازة أصيلة تجوز حمايتها بدعاوى الحيازة وتؤدي إلى كسب الملكية بالتقدم (١) . ونرى من ذلك أن هذا الأمر الثاني التي تتغير به صفة الحيازة العرضية وتتحول إلى حيازة أصيلة تختلف عن الأمر الأول في أن الحائز العرضي في الأمر الثاني لا يحصل على سند جديد لحيازته بل يكون حائزاً دون سند ، أما في الأمر الأول فقد رأينا أنه يحصل على سند جديد لحيازته يصدر إليه من الغير (٢) .

وسواء تغيرت صفة الحيازة العرضية بالأمر الأول أو بالأمر الثاني ، فإن تقدير الوقائع والسندات التي تتغير بها صفة الحيازة يترك إلى قاضي الموضوع (٣) ، ولكن تحت رقابة محكمة النقض لئلا ترى ما إذا كانت هناك أسباب سائفة دعت

(١) وقد قضى بأنه إذا حصل تكليف رسمي برد العين المودعة ورفض المودع عنده ردها ، فإن هذا الأخير يكون بذلك قد أنكر ملكية المودع وتظاهر بملكته لعين المودعة لنفسه ، وغير ذلك سبب وضع يده عليها ووضع يده بنية التملك علناً بلا شائبة ، فلذلك يملكها بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ التكليف بالحضور (استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص ٦٩٠) . وقضى كذلك بوجود أن يجابه ذواليد الوتية مالك العين بمجاهة ظاهرة صريحة ، وبصفة فعلية أو بصفة قضائية أو غير قضائية تدل دلالة جازمة في أنه مزع إنكار الملكية على المالك والاستتباب بها دونه (نقض مدني ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٢ ص ١٠٩٧) - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٢ ص ٦١٦ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٤٢ ص ٢٤٤ - وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٧ ص ١٨٠ - مازو فقرة ١٤٣٠ - حسن كيرة ص ٩٩ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٧ ص ١٨١ .

(٣) نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤ ص ٣٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٧ ص ١٨١ .

محكمة الموضوع إلى تقدير هذه الوقائع والسندات على وجه معين (١) .
 وإثبات الوقائع والسندات التي تتغير بها صفة الحيازة تسرى في القواعد العامة ،
 فيجوز إثبات الوقائع المادية بجميع طرق الإثبات ، أما التصرفات القانونية
 فلا يجوز إثباتها بالبينّة أو القرائن إلا فيما لا يزيد على عشرة جنّيات . ويجب
 أن يتمسك الخصم رد المصلحة بأن صفة الحيازة قد تغيرت ، فلا يجوز للقاضي
 أن يحكم بتغير صفة الحيازة من تلقاء نفسه (٢) .

٢ - عيوب الحيازة

(Vices de la possession)

٢٧٣ - نص قانوني : تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٤٩ مدني على ما يأتي

« وإذا اقرنت (الحيازة) باكره أو حصلت خفية أو كان فيها ليس ،
 فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التمس
 عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب » (٣) .

ولا مقابل النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به
 دون نص .

(١) بودري وتيسيه فقرة ٢٢٧ ص ٢٦٢ - نقض فرنسي ٢٩ يناير سنة ١٩٦٢ .
 والفوز ٦٢ - ١ - ٢٤٤ - أنظر مع ذلك جيوارافقرة ٤٨٣ - حكم ١٤ فقرة ٣٧٨ .
 هذا وقد كان ينبغي أن تتغير حيازة الوارث الحائز العرضي لتتطلب إلى حيازة أصيلة
 إذا احتقد الوارث بحسن نية أن حيازة مورثه حيازة أصيلة ، لنفس الاحتمالات التي سيأتى .
 ذكرها فيما يتعلق بزوال عيب الإكراه بمجرد انقضاء الإكراه : أنظر في تفصيل ذلك ما قبله .
 فقرة ٢٨٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢/١٣٩٩ من المشروع التمهيلي على الوجه
 الآتي : « وكذلك لا تقوم الحيازة على أحوال حقلية ، أما إذا اقرنت بإكراه أو حصلت خفية
 لو كان فيها ليس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التمس
 عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب » . ووافقت لجنة المراجعة على النص
 تحت رقم ٢/١٠٢٤ في المشروع النهائي بعد أن حلفت عبارة « وكذلك تقوم الحيازة على أحوال
 حقلية » دون أن تذكر سبباً لهذا الخلاف ، وقد أصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه في
 التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/١٠٢١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت
 تحت رقم ٢/٩٤٩ (مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ٤٤٨ - ص ٥٥١) .

ومقابل النص في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري م ٢/٩٠٧ - وفي التفتين المدني الليبي م ٢/٩٥٣ - وفي التفتين المدني العراقي م ١١٤٦ وم ٢/١١٤٥ (المادة الأخيرة) - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٧ - ١/٢٥٨ (١) .

هذا وقد أغفل النص ذكر عيب عدم الاستمرار إذا قامت الحيازة على أعمال متقطعة ، وكان هذا العيب مذكوراً في المشروع التمهيدى للنص (٢) ، وحلف دون سبب ظاهر في لجنة المراجعة . والصحيح أن الحيازة يجب ، حتى تكون حيازة صحيحة تنتج آثارها القانونية ، وبخاصة حتى تمنح بدعوى الحيازة وحتى تكسب الملكية بالتقادم أو بدون تقادم ، أن تكون مستمرة ظاهرة هادئة واضحة ، أى أن تكون خالية من عيوب الحيازة . فعيوب الحيازة هي إذن عدم الاستمرار (التقطع) ، والخفاء (عدم العلانية) ، والإكراه (عدم الملوء) ، والضموض (اللبس) (٣) .

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدني السوري م ٢/٩٠٧ (مطابق) .

التفتين المدني الليبي م ٢/٩٥٣ (مطابق) .

التفتين المدني العراقي م ١١٤٦ (مطابق) .

م ٢/١١٤٥ (المادة الأخيرة) : وكذلك لا تقوم (الحيازة) على أعمال متقطعة .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٧ : يكتب حق القيد في السجل العقاري ، فيما

يصلق بالعارات والحقول غير المقيدة في السجل العقاري ، يوضع يد الشخص بصورة هادئة طنية مستمرة مدة ...

م ١/٢٥٨ : يعتبر وضع اليد مستمراً منذ اللحظة التي يظهر فيها باستمرار الحق الموجود في اليد بصورة احتياطية متقطعة ، ويمكن أن يعنى بمرور الزمن أن يستدل إلى يد الشخص الذي اتصل به القيد إليه . (ولقانون اللبناني يتفق مع التفتين المصري ، إلا أن القانون الأول لا يصرح بعيب الضموض ، ويذكر عيب التقطع إذ يشترط في الحيازة الاستمرار) .

(٢) انظر ص ٨٤٠ على ص ٢ .

(٣) ونقول للذاكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا العهد : ويجب أن تتوفر في الحيازة شروط معينة ، هي الاستمرار والملوء والظهور والوضوح . فالحيازة المتقطعة ، والحيازة بالإكراه ، والحيازة الخفية ، والحيازة الناعسة (كميازة الواوئ) كل هذا لا يعتبر حيازة صحيحة ، (بحسوة الأعمال المتقطعة ٦ ص ٤٥١) .

ويجب التمييز بين عناصر الحيابة وعيوب الحيابة . فالحيابة لا توجد إلا إذا توافر عناصرها ، على الوجه الذى سبق بيانه تفصيلا . فإذا توافر عناصرها ووجدت ، فانه يجب أيضا أن تكون خالية من العيوب حتى تنتج آثارها ، وبخاصة حتى تحمى بدعاوى الحيابة وحتى تكون سببا للتملك (١) . والعناصر والعيوب بالنسبة إلى الحيابة تناظر العناصر والعيوب بالنسبة إلى الإرادة . فالإرادة لا توجد إلا إذا توافرت عناصرها ، ولا تكون صحيحة بعد وجودها إلا إذا كانت خالية من العيوب . ولكن الحيابة ، بخلاف الإرادة ، لا تنتج أى أثر من آثارها القانونية المعروفة إلا إذا كانت موجودة وكانت خالية من العيوب . أما الإرادة فإذا توافرت عناصرها وكانت مشوبة بعيب ، فانها تكون لإرادة موجودة تنتج آثارا ؛ ولكنها تكون لإرادة غير صحيحة لا تنتج إلا آثارا مخلوطة .

ونستعرض فيما يلى عيوب الحيابة وهى ، كما قلنا ، عدم الاستمرار أو التقطع (discontinuité) ، والخفاء أو عدم العلانية (clandestinité) والإكراه أو عدم الملهو (violence) ، والغموض أو الالبس (équivoque)

العيب الأول - عدم الاستمرار أو التقطع :

٢٧٤ - معنى عدم استمرار الحيابة أو نقطتها : إذا قامت الحيابة على أعمال متقطعة تكون مشوبة بعيب عدم الاستمرار أو التقطع ، ومن ثم لا تنتج آثارها القانونية . وحتى تسلم الحيابة من هذا العيب وتكون مستمرة غير متقطعة ، يجب أن تتوالى أعمال السيطرة المادية على الشيء فى فترات متقاربة منتظمة . فيستعمل الحائز الشيء من وقت إلى آخر كلما تقوم الحاجة إلى استعماله ، كما يستعمل المالك ملكه فى العادة . فإذا مضى بين العمل والآخر فترة طويلة من الزمن لا يستعمل فيها الحائز الشيء ، وكانت هذه الفترة من الطول بحيث لا يدعها المالك الحريص على الانتفاع بملكه انتفاعا كاملا تمضى دون أن يستعمل ملكه ، فان الحيابة تكون فى هذه الحالة غير مستمرة أو

(١) بلانول وديير ويكار ٢. قرة ١٥٢ .

مقطعة ، فلا تصلح أساسا لدعوى الحيازة ولا لامتلاك بالتقادم^(١) . والواجب ألا ينقطع الحائز عن استعمال الشيء إلا المدة التي ينقطع فيها المالك عادة عن استعمال ملكه ، فالحائز الذي يحوز حق الملكية إنما يصرف في الشيء كمالك ، فيجب أن يظهر مظهر المالك في استعماله لهذا الشيء . أما إذا كان يحوز حقاً آخر غير حق الملكية ، كحق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حق رهن الحيازة أو حق المستأجر ، فالواجب ألا ينقطع عن استعمال الحق الذي يحوزه كما لو كان فعلاً صاحب هذا الحق . وليس من الضروري ، بطبيعة الحال ، أن يستعمل الحائز الحق في كل وقت بغير انقطاع حتى تكون الحيازة مستمرة ، فإن هذا أمر غير عمل ويكاد يكون مستحيلاً ، بل يكفي كما قلنا أن يستعمل الحائز الحق على فترات متقاربة منتظمة كما يفعل صاحب الحق نفسه^(٢) .

٢٧٥ - **انتظام الاستعمال بمختلف باضمحلال طبيعة الشيء** : والبت فيما إذا كان استعمال الشيء منتظماً ، بحيث تعتبر الحيازة مستمرة ، يتوقف على طبيعة الشيء . فهناك أشياء تقتضى طبيعتها أن تستعمل على فترات متقاربة جداً ، وأخرى تقتضى طبيعتها أن تستعمل في وقت معين ثم تترك بعد ذلك دون استعمال . فإذا حاز شخص حق السكنى مثلاً ، فحتى تكون الحيازة مستمرة يجب أن يسكن المنزل ، وألا ينقطع عن سكناه إلا عند سفر أو لقضاء بعض الوقت في مصيف أو مشى أو نحو ذلك . وإذا حاز شخص حق ارتفاق بالمرور ، وجب ، حتى تكون الحيازة مستمرة في القانون المصري ، أن يمر من الطريق الذي يستعمل فيه هذا الحق في الأوقات المألوف المرور فيها وبالتقدير الذي يقتضيه الانتفاع بالعقار المرتفق . وإذا حاز شخص أرضاً زراعية من الأراضي التي تروى بالحياض ، كان عليه ، حتى تكون حيازته مستمرة ، أن

(١) ومن النقصاء من يلحظ إلى أن استمرار الحيازة هو نفس عنصرها المادي ، وضم تيم الحائز منذ ابتداء الحيازة بأعمال الاتصال الكافية لتكوين التصرف المادي للحيازة من شأنه ألا يكسبه الحيازة ، فلا تكون بصد حيازة مبية فحسب ، بل لا تكون ثمة حيازة بالمررة (ميد المنع البراوى فقرة ٥٠٥ ص ٥٣١) . وانظر أيضاً إسماعيل غانم ص ١١٠ - عهد المنع فرج المصلة فقرة ٣٦٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٦٦ ص ٣٩٥ مالح ١ .

(٢) بلانول وريير ويكار ٣ فقرة ١٥٤ .

يزرع الأرض في أثناء الفيضان ، ولا يعتبر انقطاعه عن زراعتها في غير هذا الوقت إخلالا باستمرار حيازته ، لأن طبيعة رى الأرض تقتضى هذا الانقطاع . وإذا حاز شخص مرعى لرعى المواشى ، فإن انتفاعه بالأرض يكون مقصورا على الرعى ، وهذا يقتضى أن يستعمل الأرض في أوقات معينة هي أوقات الرعى ، وأن يتقطع عن استعمالها في غير هذه الأوقات ، ولا يعتبر هذا الانقطاع إخلالا بالاستمرار في حيازته (١) .

ولا يعتبر الكف عن استعمال الشيء بسبب قوة القاهرة ، كفيضان ينمر الأرض أو استيلاء موقت أو احتلال جيش أجنبي ، انقطاعا يخل بالاستمرار في الحيازة (٢) .

٢٧٦ - عدم الاستمرار وغير ذلك من عيوب الحيازة من مسائل

الواقع التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض: وتقدير ما إذا كانت الحيازة غير مستمرة، أو ما إذا كان يشوبها عيب آخر من عيوب الحيازة ، يترك لقاضي الموضوع يقضى فيه دون معقب عليه من محكمة النقض . وهذا ماذهب إليه الفقه والقضاء في فرنسا ، فقاضي الموضوع وحده هو الذى يقدر ما إذا كانت الحيازة قد استوفت جميع الشروط الواجبة (٣) .

(١) - يوردى وتيسيه ققرة ٢٢٩ - ققرة ٢٤٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ١٥٤ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ ققرة ٢٧٧٧ - مارتى وريينو ققرة ١٠٢٣ .
(٢) وقد قضى بأنه إذا حال طغيان المياه دون زراعة أرض وقتاً معيناً من كل سنة ، لم يمنع ذلك من توافر صفة الاستمرار في وضع اليد متى كان واضح اليد يقوم بزراعتها كلما سمحت له الأحوال بذلك (القرارات ٩ يونية سنة ١٩١٥ المبيعة الرسية ١٧ رقم ٤٢ ص ١٦٣) .
وانظر استئناف مخطط ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٤٦ - ٢٣ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٥٦ - ٢٢ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٨٧ - يوردى وتيسيه ققرة ٢٤٠ ص ١٩٣ - بلانيول - وديبير وبيكار ٣ ققرة ١٥٤ - وقارن استئناف مخطط ٤ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٦٣ .

(٣) نقض فرنسى ١١ مارس سنة ١٨٦٨ سيريه ٦٨ - ١ - ١٥٦ - ١٦ نوفمبر سنة ١٨٨٧ دالوز ٨٩ - ١ - ٢٧٦ - ١٨ يونية سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٣ - ١ - ١٩٦ - لوران ٢٢ ققرة ٢٧٦ - ققرة ٢٧٧ وققرة ٢٩٢ وققرة ٢٤٢ - ققرة ٢٤٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ١٥٤ .

ويترتب على ذلك أن قاضى الموضوع ليس عليه أن يستقصى حيوب
الحيازة حياء حياء ليستبعد كل عيب منها ، وبحسبه أن يقرر بوجه عام أن الحيازة
قد توافرت شروطها وأنها لذلك تكون صالحة لكسب الملكية بالتقادم (١) .
على أنه إذا تمسك الخصم بأن الحيازة يشوبها عيب معين ، كان على محكمة
الموضوع أن تبين فيما إذا كان هذا العيب موجوداً أو غير موجود وأن تبين
قضاءها في ذلك على أسباب مائفة ، ولمحكمة التقض أن تقض حكمها
قصور في التسبيب .

٢٧٧ - عيب عدم استمرار الحيازة عيب مطلق - لكل نى مصلحة

أدب يتمسك به - زوال هذا العيب : وإذا تبين أن الحيازة غير مستمرة ، فإن
هذا عيب يشوبها ويجعلها غير صالحة لأن تنتج آثارها كما سبق القول ، فلا
تجوز خايتها بدعاوى الحيازة ولا تؤدي إلى التملك بالتقادم . وهذا العيب ،
بخلاف حيوب الحيازة الأخرى ، عيب مطلق (vice absolu) ، لكل نى
مصلحة أن يتمسك به . ذلك بأن الحيازة تكون في ذاتها غير مستمرة بالنسبة
إلى الناس كافة ، فلكل نى مصلحة أن يتمسك بعدم استمرارها لأنها غير

لهي قاضى الموضوع فيما إذا كانت الحيازة مستمرة (تقض فرنسى ١٢ ديسمبر سنة
١٨٦٠ دالوز ٦١ - ١ - ٣٠٣ - ١٩ مارس سنة ١٨٨٤ سيري ٨٦ - ١ - ٤٦٨) ،
وفيها إذا كانت حادثة (تقض فرنسى ٤ يولييه سنة ١٨٥٥ بالذكى ٥٦ - ٢ - ٦١) ، وفيها
إذا كانت واضحة لا غوض فيها (تقض فرنسى ١٧ يناير سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨ - ١ - ٤٥٩ - ٧
يولييه سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٢ - ١ - ٧٩ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٢ - ١ - ٥٣٧) .
(١) تقض فرنسى ٢٤ يناير سنة ١٨٨٨ سيري ٩٠ - ١ - ٤٥٢ - ومع ذلك
قد قضت محكمة التقض الفرنسى في أحد أحكامها بأن على محكمة التقض أن تراقب ما إذا كانت
الوقائع التى استخلصتها محكمة الموضوع استخلاصاً موضوعياً لا محض عليها فيه تؤدي قانوناً
إلى أن تكون الحيازة قد توافرت فيها للشروط التى يطلبها القانون ، وبأن البت فيما
إذا كانت هذه الشروط قد استوفيت هو من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة التقض (تقض
فرنسى ١٨ مايو سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ١ - ٢٩٧) . ولكن المحكمة سرعان ما رجعت عن
هذا القضاء ، وعادت إلى قضائها الأول من أن استيفاء الحيازة لشروطها القانونية هو من مسائل
الوقائع التى لا تخضع لرقابة محكمة التقض (تقض فرنسى ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٢ - ١
١ - ٤٠٤ - ١٠ نوفمبر سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٦ - ١ - ٤٨٢ - ١٧ أكتوبر سنة ١٨٩٩ سيري
١٩٠٠ - ١ - ١٩٦) .

مستمرة بالنسبة إليه كما هي غير مستمرة بالنسبة إلى غيره ، فلا يحتاج بها عليه (١) . أما عيوب الحياة الأخرى فهي عيوب نسبية (vices relatifs) وسرى أن الحياة الخفية لا يكون لها أثر قبل من أخفيت عنه الحياة وحده ، وأن الحياة التي يشوبها الإكراه لا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه ، وأن الحياة التي يشوبها اللبس لا يكون لها أثر قبل من التبس عليه أمرها (٢) . ولكن عيب عدم استمرار الحياة يزول مع ذلك إذا هي تحولت إلى حياة مستمرة على النحو الذي بسطناه فيما تقدم . فعند ذلك تكون الحياة خالية من هذا العيب ، وتنتج آثارها ولكن من الوقت الذي يزول فيه العيب . وتصبح الحياة مستمرة .

٢٧٨- التمييز بين عدم استمرار الحياة أو قطعها وبين انقطاع التقادم

والحياة غير المستمرة هي الحياة المتقطعة كما سبق القول ، وقد تشبه الحياة المتقطعة (possession discontinue) بالتقادم المتقطع (prescription interrompue) . ففى كليها تنقطع الحياة ولا يصح ما سبق منها أساسا للتقادم ، حتى إذا عادت الحياة مستمرة صلحت أن تكون أساسا للتقادم ما لم ينقطع التقادم بسبب من أسباب الانقطاع . وسرى فيما يلى أن التقادم المكسب ينقطع انقطاعا طبيعيا إذا تخلل الحائر عن الحياة أو فقدها ولو بفعل الغير . غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحياة إذا استردها الحائر خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها فى هذا الميعاد (م ٩٧٥ مدنى) . هذا إلى أن التقادم المكسب ينقطع أيضا إنقطاعا حكما بالمطالبة القضائية وما فى حكمها ، وبإقرار الحائر بحق صاحب الحق (م ٣٨٣ - ٣٨٤ مدنى) .

ويتبين من ذلك أن أسباب انقطاع التقادم تختلف عن سبب تنقطع الحياة . فالتقادم ينقطع انقطاعا حكما بالمطالبة القضائية وما فى حكمها ، ومع ذلك تبقى الحياة مستمرة غير متقطعة . أما إذا أقر الحائر بحق صاحب الحق فإن التقادم ينقطع ، وكذلك الحياة تنقلب من حياة أجيالة إلى حياة عرضية .

(١) كولان وكابيجان ودى لامور اندتير ١ فقرة ١١٧٠ .

(٢) أنظر المادة ٩٤٩ مدنى آنفاً فقرة ٢٧٣ .

فإذا انقطع التّقدم انقطاعاً طبيعياً بتخلّي الحائز عن الحيّزة أو بفقدّه إياها ولو بفعل الغير ، فهنا يشبه انقطاع التّقدم بتقطع الحيّزة اشتباهاً كبيراً . ولكن حتى في هذا القرض توجد فروق ملحوظة بين انقطاع التّقدم وتقطع الحيّزة . فانقطاع التّقدم في هذا القرض يقع عادة بفعل الغير بأن يتّرع شخص من الحائز حيّزته ولا يستردها الحائز في خلال سنة ، أما تقطع الحيّزة فيكون بفعل الحائز نفسه بأن يتقطع عن استعمال الحق إلا في فترات متباعدة غير منتظمة على خلاف المألوف لاستعمال صاحب الحق حقّه . وحتى لو انقطع التّقدم بفقد الحائز للحيّزة أو بتخلّي عنها طوعاً ، فإن هذا الانقطاع يفترض وجود حيّزة سابقة مستمرة غير منقطعة على الوجه الذي سبق بيانه ، وعلى ذلك يتقطع التّقدم دون أن يتقطع الحيّزة .

ويتقطع التّقدم دون أن يتقطع الحيّزة ، لا في القرض المتقدّم فحسب ، بل أيضاً عندما يتقطع التّقدم انقطاعاً حكماً بالمطالبة القضائية وما في حكمها وباقرار الحائز بحق صاحب الحق . ففي هذه الأحوال يتقطع التّقدم ولا نحسب مدة الحيّزة التي سبقت هذا الانقطاع ، ولكن الحيّزة تبقى مستمرة غير منقطعة في حالة انقطاع التّقدم بالمطالبة القضائية وما في حكمها ، وتبقى أيضاً مستمرة غير منقطعة في حالة انقطاع التّقدم باقرار الحائز بحق صاحب الحق ولكنها تفقد عنصر القصد فيصبح الحائز حائزاً للحساب غيره .

وعلى العكس من ذلك قد تتقطع الحيّزة دون أن يتقطع التّقدم ، ويتحقق هذا القرض إذا بقي التّقدم مستمراً دون أن يتقطع بسبب من أسباب انقطاعه ، ولكن الحائز مع ذلك يستعمل الحق في فترات متباعدة غير منتظمة مما يجعل الحيّزة منقطعة على النحو السالف ذكره . ويلاحظ في هذه الحالة أنه لا تكون هناك غمّة حاجة لتقطع التّقدم ، لأن الحيّزة نفسها تكون منقطعة فلا تصلح أساساً للتّقدم (١) .

ويختلف انقطاع التّقدم عن تقطع الحيّزة من ناحية عبء الإثبات فبما يتعلق بانقطاع التّقدم يكون المفروض أن التّقدم لم يتقطع ، وعلى من

يدعى انقطاعه أن يثبت ذلك ، فلا يقع عبه الإثبات على الحائز . أما فيما يتعلق بقطع الحيازة ، فإن عبه الإثبات يقع على الحائز ، وعليه أن يثبت أن حيازته مستمرة غير منقطعة (١) .

ثم إن عب قطع الحيازة عب مطلق كما قلنا (٢) ، فلكل ذى مصلحة أن يتمسك به . أما في انقطاع التقادم فيجب التمييز بين ما إذا كان هذا الانقطاع قد وقع بسبب المطالبة القضائية وما في حكمها فيكون الانقطاع غير مطلق ولا ينقطع التقادم إلا لمصلحة من قام بالمطالبة القضائية وما في حكمها ، وبين ما إذا كان الانقطاع قد وقع بسبب التخلّي عن الحيازة أو قدعها فيكون الانقطاع مطلقاً ولكل ذى مصلحة أن يتمسك به ، أو وقع بسبب إقرار الحائز بحق صاحب الحق ، فتقلب الحيازة كما قلنا إلى حيازة عرضية ولكل ذى مصلحة هنا أيضاً أن يتمسك بعرضية الحيازة (٣) .

العب الثاني - النفاء أو عدم العمومية :

٢٧٩- معنى النفاء أو عدم العمومية : قد تكون الحيازة مستمرة على الوجه الذي أسلفناه فخلو من عب عدم الاستمرار أو التقطع ، ولكن مع ذلك يشوبها عب النفاء أو عدم العلانية . فالحيازة يجب أن تكون علنية غير خفية ، يباشرها الحائز على مشهد من الناس ، أو في القليل على مشهد من المالك أو صاحب الحق الذي يستعمله الحائز . فإذا أخفاها الحائز عن المالك أو صاحب الحق ، بحيث لا يشعر هذا بأن حقه في حيازة غيره ، كانت الحيازة مشوبة بعب النفاء أو عدم العلانية ، ومن ثم لا تكون صالحة لأن تحمي بدعوى الحيازة ولأنه تؤدي إلى التملك بالتقادم . هذا إلى أن من يجوز حقاً يجب أن يستعمله كما لو كان هو صاحب الحق ، وصاحب الحق لا يستعمله خفية بل يستعمله علناً (٤) .

(١) أنظر في ذلك بودرى وتوبيهقرة ٢١٤ - ققرة ٢٤٥ .

(٢) أنظر آنفاً ققرة ٢٧٧

(٣) أنظر في هذا المعنى كوكليه دى سانتير ققرة ٢٢٩ مكررة (٥) - بودرى وتوبيهقرة ٢٤٩ - ويلاحظ أن عب عدم استمرار الحيازة يتصل بعب النفاء ، كما يحصل بأعمال التنازع - فالحيازة التي تعتبر غير مستمرة كثيراً ما تكون في الوقت ذاته حيازة خفية ، وتكون كذلك علناً من أعمال التنازع (بودرى وتوبيهقرة ٢٥٠) .

(٤) بلانجول ودوبريه ويكار ٢ ققرة ١٥٦ .

وإخفاء حيازة المتقول سهل ميسور ، وما على الحائز إلا أن يخفي المتقول في حزر فيعطله عن أعين الناس ، كما إذا أخفى الحائز المجوهرات التي يحوزها أو الأوراق المالية أو الأمتعة أو الأثاث أو التحف الفنية أو غير ذلك من المتقولات التي يمكن إخفاؤها . أما إخفاء حيازة العقار فأمر ليس باليسر ، إذ يصعب أن يخفي الحائز حيازته لمتزل وهو يسكنه ^(١) أو يؤجره ، أو يخفي حيازته لأرض زراعية وهو يقوم بزراعتها أو بإيجارها ^(٢) . ومع ذلك يمكن أن نتصور شخصا يوسع من كهف في أسفل منزله عن طريق سرداب مخفره تحت أرض جاره ، دون أن يشعر الجار بذلك ، ودون أن يترك صاحب الكهف علامة ظاهرة تتم عن السرداب الذي خفره تحت أرض الجار . ففي هذه الحالة تكون حيازة صاحب الكهف للسرداب حيازة خفية ، لا يحتاج بها على الجار لا عن طريق رفع دعاوى الحيازة ولا عن طريق التملك بالتقادم ^(٣) . كذلك قد يعتبر ، في رأى ، أن جور الجار على شريط صغير من أرض جاره على حدود ملكه ، وإدخال هذا الشريط في أرضه يزرعه أو يمد إليه بناءه ، دون أن يشعر الجار بذلك ودون أن تكون هناك علامة ظاهرة تتم عن مجاوزة الحائز لحدود ملكه ، حيازة خفية لا تصلح أساسا لدعاوى الحيازة ولا للتملك بالتقادم ^(٤) . وإذا سلمنا بهذا الرأى ، فإن إخفاء الحيازة لا يؤثر فيها حسن

(١) ومع هذا قد يقع ذلك نادراً ، فقد قضت محكمة النقض بأن تحقق صفة الظهور في وضع اليد أو عدم تحققها هو ما يدخل في تحصيل فهم الواقع في الدعوى ، فإذا كان الحكم قد أقيم على أسباب مبررة لقضائه فلا سبيل عليه لهككة النقض . وإذن فإذا كانت المحكمة قد استخلصت من كون المدعى قد قدم إلى المجلس المحل طلب إدخال الكهرباء والماء في المنزل محل الدعوى مصرحاً في كلا الطلبين بأن المالك هو شخص آخر غيره ، وأن نية تملكه المنزل لم تكن إلى أن وقع هذين الطلبين إلا نية مستترة . ورتبت على ذلك أن وضع يده لم يكن ظاهراً على النحو المطلوب قانوناً ، فحكمت بذلك لامتقرب عليه (نقض مدني ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٥ رقم ٢) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦

(٣) أنظر في هذا الصدد بودرى وتيسيه فقرة ٢٦٣ ص ١٠٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ - بلانيول وريبير وبولابونجييه ١ فقرة ٢٧٨٢ - كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١١٧٢ .

(٤) أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ ص ١٧٢ مائش ٢ - محكمة السين ١٠ فبراير سنة ١٨٢٠ - باريس ٢٨ فبراير سنة ١٨٢١ و ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٢٥ . S. chr . وانظر عكس ذلك وأن المهارة في هذه الحالة تكون حيازة ظاهرة إذ أن أعمال الحيازة أعمال علنية غير خفية : ترولون فقرة ٣٥٢ - لوران فقرة ٢٨٨ - هيك ١٤ فقرة ٣٥٢ - جيوار فقرة ٤٦١ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٦٣ .

نية الحائر أو سوء نيته ، فهي تبقى حيازة خفية حتى لو كان الحائر قد جاز على هذا الشريط من أرض جاره بحسن نية وهو يعتقد أنه لم يجاوز حدود ملكه (١) .
وليس من الضروري ، حتى تكون الحيازة علنية غير خفية ، أن يعلم بها المالك على سبيل اليقين ، بل يكفي أن تكون من الظهور بحيث يستطيع المالك أن يعلم بها . فامكان العلم ، وليس العلم ذاته ، هو الذى يجعل الحيازة علنية خالية من عيب الخفاء (٢) .

٢٨٠ - عيب الخفاء أو عدم العلنية عيب نسبي لا يكون له أثر إر قبل

من أُنْضِيت عنه الحيازة : وعيب الخفاء أو عدم العلنية ، بخلاف عيب علم الاستمرار أو التقطاع ، عيب نسبي (vice relatif) . وفى هذا نقول المادة ٢/٩٤٩ ملقى ، كما رأينا (٣) ، إنه إذا حصلت الحيازة خفية « فلا يكون لها أثر قبل من ... أُنْضِيت عنه الحيازة » . فالذى نحتاج بخفاء الحيازة هو من أُنْضِيت عنه وحده دون غيره ممن تكون الحيازة ظاهرة أمام عينيه . فليس من الضروري إذن أن تكون الحيازة خافية على جميع الناس حتى تكون مشوبة بعيب الخفاء ، بل يكفي أن تكون خافية على صاحب الحق الذى يحوزه الحائر حتى يستطيع هذا أن يتمسك بأنها حيازة معينة ، ولو كانت ظاهرة أمام غيره من الناس وبعبارة أخرى يصح أن تكون الحيازة ظاهرة أمام الناس ولكنها خافية على صاحب الحق ، فيجوز لهذا الأخير أن يتمسك بخفاؤها (٤) . وعلى العكس من ذلك إذا كانت الحيازة ظاهرة أمام صاحب الحق ، ولكنها خافية على سائر الناس ، لم يجوز لصاحب الحق أن يتمسك بخفاء الحيازة بدهوى أنها خافية عن الناس ما دامت ظاهرة له هو (٥) .

وهناك رأى يذهب إلى أن عيب الخفاء عيب مطلق ، فلا يعتد بالحيازة إلا إذا كانت ظاهرة أمام جميع الناس . فاذا خُفِيت على بعض الناس دون

(١) جيوار فقرة ٤٥٧ - بودى وتيسيه فقرة ٢٦١ .

(٢) بودى وتيسيه فقرة ٢٦٠ ص ٢٠٥ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ .

(٤) فلوران مستأجر العين قد غير صفة حيازته من حيازة عرضية إلى حيازة أصلية عن طريق فعل النهر ، بأن استصدر لنفسه قنطرة يبيع لعين من النهر ، ولكنه بقي يدفع الأجرة للمؤجر ، فإن الحيازة وإن انقلبت إلى حيازة أصلية تكون حيازة خفية بالنسبة إلى المؤجر ، فلا ينجح بها عليه (كرلان وكابيان ودى لاموراندوير ١ فقرة ١١٧٢) .

(٥) بودى وتيسيه فقرة ٢٥٨ - بلانيول وريبير ويكارد ٣ فقرة ١٥٦ - بلانيول وريبير وبولانجه ١ فقرة ٢٧٨٣ - مارتي وريينو فقرة ٢١ ص ٢٨ .

بعض ، كانت الحيازة مشوبة بعيب الخفاء ، حتى لو كانت ظاهرة لصاحب الحق نفسه . فالحائز لحق يجب أن يستعمله كما يستعمله صاحب الحق نفسه ، وصاحب الحق يستعمل حقه علنا أمام جميع الناس . وإذا أمكن في دعاوى الحيازة التساهل في شرط الخفاء وعدم اشتراط أن تكون الحيازة خافية على جميع الناس والاكتفاء بأن تكون خافية على صاحب الحق وحده ، ففي التملك بالتقادم لا يجوز هذا التساهل بل يجب اشتراط أن يكون الحيازة خافية على جميع الناس ، إذ أن من يريد أن يملك حقا بالتقادم يجب أن يظهر أمام جميع الناس على أنه هو صاحب الحق^(١) ولكن هذا الرأي لم يسد ، والذي ساد هو الرأي الأول^(٢) ، وقد أخذ التقنين المدني المصري صراحة بهذا الرأي الأول السائد كما سبق القول^(٣) .

٢٨١ - زوال عيب الخفاء بظهور الحيازة : وكما يزول عيب عدم استمرار الحيازة إذا هي تحولت إلى حيازة مستمرة ، كذلك يزول عيب الخفاء إذا ظهرت الحيازة واستطاع أن يعلم بها صاحب الحق . فإذا ما زال عيب الخفاء على هذا النحو : أصبحت الحيازة صالحة لأن تنتج آثارها ، وبخاصة أصبح من الجائز أن تحمي بدعاوى الحيازة وأن تؤدي إلى التملك بالتقادم ، ولكن من الوقت الذي يزول فيه عيب الخفاء . ونفص المادة ٢/٩٤٩ مدني صراحة في هذا الخصوص بأنه إذا اقترنت الحيازة باكره أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب^(٤) .

وعلى ذلك إذا بدأت الحيازة خفية وبقيت كذلك مدة معينة ، ثم ظهرت بعد ذلك ، فلا يعتد بالمدة التي كانت خفية في أثنائها ، ولا تكون الحيازة خالية من عيب الخفاء إلا من وقت أن ظهرت . فمن ذلك الوقت فقط يعتد بالحيازة . وتصبح صالحة لأن تنتج آثارها^(٥) .

- (١) أنظر من هذا الرأي لوران فقرة ٢٨٩ - كولي دي سانتير فقرة ٣٣٩ مكررة (٧) .
- (٢) ديرانتون فقرة ٢١٥ - هيك ١٤ فقرة ٣٥٢ - جيوار فقرة ٤٦٠ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٣٣ - بودري وتيسيه فقرة ٢٥٨ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٥٦ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٧٨٣ - مارت ورينو لفقرة ٢١ ص ٢٨ .
- (٣) أنظر ٢/٩٤٩ مدني آنفاً فقرة ٢٧٣ .
- (٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ .
- (٥) بودري وتيسيه فقرة ٢٦٢ - بلانيول وريبير ويكار ٢ فقرة ١٥٦ .

أما إذا بدأت الحيازة ظاهرة ثم خفيت بعد ذلك ، فلا يعتد بها إلا في الوقت الذي كانت فيه ظاهرة ، ومنذ الوقت الذي أصبحت فيه خفية لا تنتج آثارها . فإذا كانت مدة التقادم لم تكتمل في نهاية الوقت الذي ظلت فيه الحيازة ظاهرة ، فإن خفاءها بعد ذلك يقطع التقادم إذ تصبح الحيازة معيبة ، وشرط التقادم أن تكتمل مدته والحيازة قائمة خالية من العيوب

العيب الثالث - الإكراه أو الهرس

٢٨٢ - معنى الإكراه أو هرمس الهرس : قد تكون الحيازة مستمرة وظاهرة على الوجه الذي بسلطانه فيما تقدم فتخلو من عيب عدم الاستمرار والخفاء ، ولكن مع ذلك يشوبها عيب الإكراه أو عدم المدوء . وتكون الحيازة مشوبة بعيب الإكراه أو عدم المدوء إذا حصل عليها صاحبها بالقوة أو بالتهديد^(١) ، وبقي محظوظا بها دون أن تنقطع القوة أو التهديد الذي حصل عليها به . فإدام الحائز قد حصل على الحيازة على هذا الوجه ، فإن حيازته تكون مشوبة بعيب الإكراه ، مادامت القوة أو التهديد باقيا لم ينقطع^(٢) . ويستوى في ذلك أن تكون القوة أو التهديد قد استعمل ضد المالك الحقيقي لانتزاع ملكه منه أو استعمل ضد حائز سابق غير مالك لانتزاع حيازته ، كما يستوى أن يكون من استعمل القوة أو التهديد هو الحائز نفسه أو أعوان له يعملون باسمه^(٣) . ويستوى أخيرا أن تكون الحيازة قد انتزعت عنوة بالقوة أو التهديد ، أو أن يكون الحائز السابق قد أذن للقوة أو التهديد فسلم العين مكرها^(٤) .

وبخلص من ذلك أن الإكراه يجب أن يكون قد استعمل ابتداء للحصول على الحيازة^(٥) ، وأن يكون قد بقي مستعملا لاستبقائها دون أن ينقطع . وقد

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٢٥١ ص ١٩٩ - بلابلول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص ١٧٢ هامش ١ .

(٢) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣٨-٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٥-١٨ يناير سنة ١٩٢٨ م ٥٠ ص ١٠٣ - وقد قضى بأنه إذا استخلصت المحكمة استخلاصا سافقا من التحقيق ومن انتقالها لموقع النزاع ومن أقوال الخصم نفسه أنه لم يضع يده على العين المتنازع عليها إلا حديثا ، وأن وضع يده لم يكن هادئا ، فذلك من التقديرات الموضوعية التي لا مسبق عليها لمكة النقض (نقض مدني ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر رقم ١٢٧ ص ٣٥٠) .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٢٥١ ص ١٩٩ .

(٤) بودرى وتيسيه فقرة ٢٥١ .

(٥) فإذا بدأ الحائز وضع يده هادئا ، فالتمدى على حيازته بعد ذلك ودفع الحائز هذا التمدى عن حيازته ليس من شأنهما أن يحصل الحيازة مشوبة بالإكراه . وقد قضت محكمة النقض بأن الحيازة تعتبر غير هادئة إذا بدأت بالإكراه ، أما إذا بدأ الحائز وضع يده هادئا ، فأنه

كلان هذا هو حكم القانون الرومانى ، وبه يقول فريق من رجال الفقه فى فرنسا (١) . وعلى ذلك إذا انقطع الإكراه وبقي الحائز بعد انقطاعه مستمرا فى حيازته ، فان الحيازة تصبح هادئة خالية من عيب الإكراه ، ومن ثم تصبح صالحة لإنتاج آثارها ، حتى لو اضطر الحائز بعد ذلك وقد رأى حيازته عادت مهددة أن يدفع القوة بالقوة ، ما دامت الحيازة لم تنتزع منه فيقطع بانتزاعها التقادم . وهذا هو الرأى الذى أخذت به ضمنا محكمة النقض فى مصر ، عند ما قضت بأن التعدى الذى يقع فى أثناء حيازة بدأت هادئة ، ويعتبر الحائز ، لا يشوب الحيازة التى تظل هادئة بالرغم من ذلك (٢) .

ولكن القضاء الفرنسى وفريقا آخر من رجال الفقه فى فرنسا يذهبون إلى أنه لا يكفى أن ينقطع الإكراه الذى حصل به الحائز على الحيازة ابتداء ، حتى تكون الحيازة خالية من عيب الإكراه . بل يجب فوق ذلك أن تستمر الحيازة هادئة (paisible) طوال المدة التى تبقى فيها ، فإذا كانت مهددة بعكر صفاءها أن يكون صاحبها مضطرا فى أى وقت للدفاع عنها بالقوة ، فإنها تكون حيازة غير هادئة يشوبها عيب الإكراه ، ولا تصلح لأن تنتج آثارها القانونية . كذلك تكون الحيازة غير هادئة يشوبها عيب الإكراه ، حتى لو حصل عليها صاحبها ابتداء بغير القوة أو التهديد ، ولكنه بعد ذلك أصبح مهدداً فى حيازته بحيث يعكر صفاء هذه الحيازة احتمال انتزاعها منه عنوة واضطراره فى أى وقت لأن يواجه هذا الاحتمال ولأن يدفع القوة بالقوة (٣) .

التعدي الذى يقع فى أثناء الحيازة ويعتبر الحائز لا يشوب تلك الحيازة التى تظل هادئة رغم ذلك . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد جرى على أن هناك نزاعاً أو تمكيراً متواصلاً للحيازة دون أن يبين من بدأ هذا التمكير ، وهل كان مغارفاً لهذه الحيازة أو تألياً لها ، وأثره فى استمرار الحيازة ، فإنه يكون قد شابه قصور يستوجب نقض (نقض ملف ٢٥ يونه سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٠ من ٥٢٨ - وانظر أيضاً نقض ملف ١٧ يونه سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢٢ من ٧٧٢) .

(١) أوبرى و دو ٢ فقرة ١٨٠ من ١٣٢ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٥١ و فقرة ٢٥٤ من ٢٠١ - من ٢٠٢ - بلانول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ من ١٧١ - من ١٧٢ .
(٢) نقض ملف ٢٥ يونه سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٠ من ٥٢٨ وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه .

(٣) نقض فرنسى أول أبريل سنة ١٨٤٨ سيريه ٤٩ - ١ - ٤٤٩ - ١٠ - مايو سنة ١٨٦٥ دالوز ٦٥ - ١ - ٤١٢ - ٢٦ أغسطس سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ - ١ - ١٥٩ - ترولون فقرة ٣٥٠ من ٤١١ من ٤١٨ - ماركاديه المادة ٢٢٢٩ فقرة ٤ - لوران فقرة ٢٨٠ - بنفوار من ٢٠٨ - جيوار فقرة ٤٥٢ .

ولكن أصحاب هذا الرأي يقتربون كثيراً من الرأي الأول باندخال تخلفين على رأيهم : (١) فنتقدم أنه لا يعكر من صفو الحيازة ولا يجعلها مشوبة بعيب الإكراه أن يضطر الدائن ، في أثناء حيازته ، إلى الإكراه السلبي (violence passive) ، فيتحمل العنف الصادر من الغير ويستبقى الحيازة مع ذلك دون أن يدفع هذا العنف بالقوة . وحجته في ذلك أنه لا يجوز التسليم بأن عملاً يصدر من الغير لا يتحمل الحائز تبعته ، ويكون من شأن هذا العمل أن يجعل الحيازة معيبة . (٢) وحتى لو اضطرت الحائز إلى الإكراه الإيجابي (violence active) ودفع عن حيازته القوة بالقوة ، فإن أعمال الإكراه الصادرة من الغير لا يكون من شأنها أن تعيب الحيازة إذا كانت أعمالاً قد ارتكبت من بعيد (de loin en loin) . فهذان الحفظان يؤيدان إلى القول بأن أعمال العنف الواقعة على الحيازة بعد استغرارها ، سواء قومت مقاومة سلبية أو قومت مقاومة إيجابية ، لا يكون من شأنها أن تشوب الحيازة بعيب الإكراه ، فالإكراه إذن لا يعتد به إلا إذا كان الحائز نفسه هو الذي ارتكبه للحصول على الحيازة ابتداءً (١) .

٢٨٣- عيب الإكراه أو عديم الهدوء عيب نسبي لا يكون رأياً قبل من وقع عليه الإكراه : وعيب الإكراه أو عدم الهدوء ، كعيب الخفاء أو عدم العلانية ، وبخلاف عيب عدم الاستمرار أو التخلع ، عيب نسبي (vice relatif) ، وتقول ذلك صراحة المادة ٧/٩٤٩ مدني فيما رأينا (٢) . فإذا اترع شخص من آخر حيازة عين بالإكراه ، كانت حيازة

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص ١٧٢ - بلانيول وريبير وبلانجييه ١ فقرة ٢٧٧٨ - مارق وريتر فقرة ٢٢ - وهما يمكن من أمر ، فإن مجرد المنازعة القضائية لا ينفق قانوناً صفة الهدوء عن الحيازة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اجبر الحكم أن صفة الهدوء الواجب توافرها لكسب الملكية بالتقادم قد زالت عن الحيازة لمجرد أن منازع الحائز رفع عليه الدعوى باستمرار حيازة العين ثم رفع الدعوى باستحقاقها ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (نقض مدني ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٦ رقم ٤) . ومن باب أول لمجرد توجيه إنذار إلى الحائز من منازعه لا ينفق قانوناً صفة الهدوء عن الحيازة (نقض مدني ١٧ يونيو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢٢ ص ٧٧٣) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ : إذا اترعت (الحيازة) بإكراه ... فلا يكون لها أثر نيل من وقع عليه الإكراه ... (٢-٩٤٩ م مدني) .

متزع الحيازة مشوبة بسبب الإكراه بالنسبة إلى الشخص الآخر الذي انتزعت منه الحيازة وحده . وبالنسبة إلى هذا الشخص الآخر وحده ، لا يستطيع متزع الحيازة أن يحتج بحيازته للتملك بالتقادم إلا إذا انقطع الإكراه ومن وقت انقطاعه . وكذلك لا يستطيع أن يلجأ إلى دعاوى الحيازة إلا إذا انقطع الإكراه كذلك . وحتى لو انقطع الإكراه فإن من انتزعت منه الحيازة يستطيع أن يستردها في خلال السنة التالية لانتزاعها منه طبقاً لقواعد دعوى استرداد الحيازة التي سيأتي بيانها .

فإذا كان الشخص الذي انتزعت منه الحيازة ليس هو المالك ، لم يجوز للمالك أن يحتج على متزع الحيازة بسبب الإكراه ، لأن المالك ليس هو الذي وقع عليه الإكراه ، وعيب الإكراه كما قلنا عيب نسبي لا يحتج به إلا من وقع عليه الإكراه . وعلى ذلك يجوز لمتزع الحيازة في هذه الحالة أن يحتج بحيازته على المالك باعتبارها خالية من عيب الإكراه ، فيحمي هذه الحيازة منه بدعاوى الحيازة كما يستطيع أن يملك ضده بالتقادم (١) .

٢٨٤ - زوال عيب الإكراه بانقطاع الإكراه : وكما يزول عيب علم استمرار الحيازة إذا هي تحولت إلى حيازة مستمرة ، يزول عيب الخفاء بظهور الحيازة ، كذلك يزول عيب الإكراه بانقطاع الإكراه . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٩٩٤/٢ مدني ، إذ تنفي كما رأينا (٢) بأنه إذا اقترنت الحيازة بالإكراه لم يكن لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه إلا من الوقت الذي يزول فيه هذا العيب . وزوال العيب هنا يكون بانقطاع الإكراه .

(١) نفس فرنسي ٢٦ أغسطس سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ - ١ - ١٥٩ - ماركادو المادة ٢٢٣٤ فقرة ٤ - هوك ١٤ فقرة ٣٥٠ - جيوار فقرة ٤٥٦ - بفنوار ص ٤٠٩ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٣٤ - ص ١٣٥ - بودي ونهيه فقرة ٢٥٥ - بلانيول وريور وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص ١٧٢ - ص ١٧٣ - بلانيول وريور وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٨٠ - كولان وكابيتان ودى لاموراندنيير ١ فقرة ١١٧١ ص ٩٥٣ .

وهناك رأي يذهب إلى أن عيب الإكراه عيب مطلق يجوز لكل ذي مصلحة أن يحتج به ، ولا يقتصر جواز الاحتجاج به على من وقع عليه الإكراه وحده . والقاتلون بهذا الرأي (لوران فقرة ٢٨٥ - كوليه ديسانتير ٨ فقرة ٣٣٩ مكررة ٦) هم القائلون بأن عيب الخفاء عيب مطلق ، وقد سبق الإشارة إلى ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٢٨٠) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ - وأنظر بودي ونهيه فقرة ٢٥٢ .

فإذا انتزع شخص حيازة عين بالإكراه ، كانت حيازته مشوبة بعيب الإكراه مادام الإكراه قائما وما دام الحائز مستبقيا العين في حيازته بالإكراه . فإذا ما انتقطع الإكراه ، واستقرت الحيازة لمتزعاها ، فإن عيب الإكراه يزول . فيجوز لمتزع الحيازة بعد زوال الإكراه أن يحصى حيازته بدعاوى الحيازة وأن يملك بالتقدم ، بالنسبة إلى الشخص الذى انتزع منه الحيازة وبالنسبة إلى أى شخص آخر ولو كان هو المالك الحقيقى للعين (١) .

ويلاحظ مع ذلك أن الشخص الذى انتزعت منه الحيازة بالإكراه له أن يستردّها في خلال سنة من وقت إنتزاعها منه بدعوة استرداد الحيازة (٢) ، وفقا لقواعد المقررة في هذه الدعوى والتي سيأتى بيانها .

العيب الرابع - الغموض أو اللبس :

٢٨٥ - معنى الغموض أو اللبس : قد تكون الحيازة مستمرة وظاهرة وهادئة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، فتخلو من عيوب عدم الاستمرار والخفاء والإكراه ، ولكن مع ذلك يشوبها عيب الغموض أو اللبس . وتكون الحيازة مشوبة بعيب الغموض أو اللبس إذا هي اشبهت أمرها فيما يتعلق بعنصر القصد ، أحد عنصرى الحيازة المتقدم ذكرهما . ويشبه أمر الحيازة فيما يتعلق بعنصر القصد إذا احتملت معنيين ، معنى أن الحائز يحوز لحساب نفسه خاصة ومعنى أنه يحوز لحساب غيره أو لحساب نفسه وحساب غيره معا .

(١) ولا يصير الحيازة محبة بعيب الإكراه بعد ذلك ، حتى لو اضطر الحائز إلى دفع الاحتجاج بها ولو بالقوة (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٣٤ وهاش ٢٦ - بودرى ونهيه فقرة ٢٥٣) - ولم يكن هذا هو الحكم في القانون الرومانى ، فقد كان هذا القانون يقضى بأن عيب الإكراه لا يزول إلا إذا رجعت العين إلى حيازة الشخص الذى انتزعت منه الحيازة بالإكراه (بلانول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص ١٧٢) .

(٢) فإذا لم يستردّها في خلال السنة ، أنتجت الحيازة آثارها ومنها جواز التملك بالتقدم ، وذلك بأثر رجعى من وقت استيلاء متزع الحيازة على العين وصيرورة حيازته هادئة (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٣٤ وهاش ٢٦ - بودرى ونهيه فقرة ٢٥٢ ص ٢١٠) .

وهناك مثلاً يقدمان عادة للحيازة التي يشوبها عيب الغموض أو اللبس (١):

(المثل الأول) شخص يموت ويوجد في منزله أشياء - كجواهرات أو أثاث أو أوراق مالية أو متقولات أخرى - تكون في حيازة زوجته ، أو وارث يعيش معه ، أو رفيقة يعاشرها ، أو خادم ، أو أحد من أتباعه ممن يعيشون معه . فالمعاشرة وحدها قد لا تكفي لتعيب الحيازة ، ولكنها قد تشوب الحيازة بعيب الغموض إذا التبس الأمر وكانت حيازة أحد من هؤلاء ممن كانوا يعيشون مع الميت تحتفل أن تكون حيازة لحساب نفسه أو أن تكون حيازة لحساب الميت بحكم المعاشرة . فإذا احتج الحائز بهذه الحيازة ، أمكن القول إنها حيازة مشوبة بعيب الغموض أو اللبس ، ومن ثم لا تنفع آثارها . (المثل الثاني) أن تكون هناك عين شائعة ، فيحوزها أحد الشركاء في الشيوع .

وقد يتمسك هذا الشريك بأنه قد حاز العين لحساب نفسه خاصة ، ولكن أعمال الحيازة المادية التي يأتيا في العين تكون من قبيل الأعمال التي يأتيا الشريك في الشيوع ، وأعمال الشريك في الشيوع هي نفس أعمال المالك ملكية

مفردة ، ولكن يأتيا الشريك بنية أنه يوجد غيره معه يشاركه في الملك فهنا يقدم اللبس في حيازة الشريك في الشيوع للعين الشائعة إذا تمسك بأنه يحوز العين لحسابه خاصة ، إذ هي حيازة تحتفل هذا المعنى كما تحتفل معنى أن الشريك يحوز لحساب نفسه ولحساب غيره من الشركاء في الشيوع (٢)

(١) أنظر في أمثلة أخرى بودرى وتيسيه فقرة ٢٨٩ ص ٢٢٥ - مازو وقررة ١٤٤٠

ص ١١٦٢ .

(٢) أنظر استئناف مخطط ٩ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٣٥ - ٢٠ مايو سنة ١٨٩١

م ٣ ص ٣٤١ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٦٠ - ١٣ أبريل سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٢٠ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٩٣ - ٤ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٠٤ - ١٦ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٩ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣١ - ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٥ - أول أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٨٠ - ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٢ - ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٧ - ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٦٢ - أول أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٩٦ - ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣٧ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٦٢ - استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٢٥ الهامة ٥ رقم ٢٨٨ ص ٣٢٤ - ١٥ أكتوبر سنة ١٩٢٥ الهامة ٦ رقم ١٠٤ ص ١٤٤ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٦ الهامة ٧ رقم ٣٧٤ ص ٥٦٤ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن دفع الغير الموائد لابنني عليه جمل حيازة واضع اليد على أرض ما غاصصة ، ولا يمنع التقدم المكسب الحاصل لمصلحته ، إلا إذا ثبت أن واضع اليد كان مالاً بملك (استئناف مخطط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ١٤).

تتكون الحيازة في هذه الحالة مشوبة بعيب الغموض أو اللبس ، ومن ثم لا تنجح آثارها (١) .

ونرى من ذلك أن عيب الغموض أو اللبس ينصب على عنصر القصد في الحيازة كما سبق القول ، ولا يختلط بغيره من العيوب الأخرى للحيازة . ولكن هناك رأياً يذهب إلى أن عيب الغموض ليس بعيب مستقل ، بل هو يختلط بالعيوب الأخرى . إذ هو في هذا الرأي يتناول ما تقدم ، ويشمل أيضاً أن يكون خلل الحيازة من العيوب الأخرى ، عيب عدم الاستمرار وعيب الخفاء وعيب الإكراه ، غير ثابت ثبوتاً تاماً ، بل إن فيه شيئاً من اللبس ، فتكون الحيازة مشوبة بعيب الغموض (٢) . ولكن بحسن الوقوف عند الرأي

(١) أنظر في غموض الحيازة في هذين المثلين : بلانويل وديير ويكار ٢ فقرة ١٥٧ ص ١٧٤ - بلانويل وديير وبولانيه ١ فقرة ٢٧٨٤ - كولان وكايتان ودى لاورانديير ١ فقرة ١١٧٣ - وانظر في غموض حيازة العين الثالثة بودرى وتيسيه فقرة ٢٩٠ - فقرة ٢٩٣ .

وقد قضت محكمة النقض بأن الحصة الشائعة في عقار كالنصيب المفرز من حيث إن كليهما يصح أن يكون محلاً لأن يحوزه حائز على وجه التخصيص والافتراد . ولا فارق بين الاثنين إلا من حيث إن حائز النصب المفرز تكون يده برينة من المخالطة ، أما حائز الحصة الشائعة فيده بحكم الشيوع تخالط يد غيره من المشتاعين . والمخالطة ليست ميباً في ذاتها ، وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وإبهام . فإذا اتفق المشتاعون ووقف كل منهم في ممارسة لحيازته عند حصته مراعيًا حصة غيره ، كما لو انتصب اثنان فأكثر حقاراً وحازوه شاملاً بينهم جاملين لكل منهم فيه حصة ، جاز أن يملكوه بالتقادم سواء اشتركوا في حيازته المادية أو نأب في هذه الحيازة بعضهم من بعض . هذا إذا لم يكن للمالك العقار يد عليه وخلصت الحيازة لخاصيه . أما إذا كان للمالك يد حل العقار ، فالفرق أن اجتماع يده مع يد الغير يؤدى إلى مخالطة من شأنها أن تجعل يد هذا الغير غامضة ، فضلاً عن إمكان حمل سكوت المالك حل حمل التسامح (نقض مدني ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٦ رقم ٧ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية قديماً بأن وضع يد أرشد العائلة على الألبان المالية بصفته مديراً لها لا يكتسبه الملكية بمعنى المدة الطويلة (استئناف وطني ٣١ مايو سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٢٨٠-٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ الحقوق ٢١ ص ٢٧٣ - ٢١ مارس سنة ١٨٩٦ الحقوق ١٤ ص ٣٥ - ٢٠ يناير سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٣ ص ١٨٥ - ١٠ مايو سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٣ ص ١٩٠) . وتأكد هذا المبدأ بعد ذلك : استئناف مصر ٦ يناير سنة ١٩٣٨ المحللة ١٩ رقم ١٠٧ ص ٢٣٧ - وانظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مخطوط ٣١ مايو سنة ١٨٩٣ ص ٥٢ ص ٢٨٧ - ١٢ يونيو سنة ١٨٩٤ ص ٦٢ ص ٣١٧ .

(٢) أنظر في هذا المعنى بودرى وتيسيه فقرة ٢٨٧ - فقرة ٢٨٨ .

الأول ، والقول بأن عيب الغموض عيب مستقل ، وبأنه ينصب على عنصر القصد وحده ، ولا يختلط بالعيوب الأخرى للحيازة . أما الرأي الآخر فيخلط بين خلو الحيازة من العيوب وبين درجة إثبات خلوها منها ، فإن كان هذا الخلط ثابتاً ثبوتاً تاماً لم تكن الحيازة مشوبة بعيب الغموض ، أما إذا لم يكن ثابتاً ثبوتاً تاماً فإنها تكون مشوبة بهذا العيب . وهذا لا يجعل لعيب الغموض معنى ، وإذا أخذنا به كان الأولى عدم ذكر الغموض كمعيب في الحيازة ، والافتصار على القول بأن خلو الحيازة من العيوب يجب أن يكون ثابتاً ثبوتاً تاماً . ومثل هذا القول لا وزن له ، إذ أنه من البديهي ، إذا اشترط القانون خلو الحيازة من العيوب ، أن يكون هذا الخلط ثابتاً ثبوتاً تاماً ، شأنه في ذلك شأن أى أمر آخر يتمسك به الخصم ويكون عليه عبء إثباته (١) .

٢٨٦ - عيب الغموض أو التبس عيب نسبي لا يكون له أثر إلا قبل

من التبس عليه الأمر : وعيب الغموض أو للتبس ، كعيب الخفاء وعيب الإكراه ، وبخلاف عيب عدم الاستمرار ، عيب نسبي (vice relatif) وتقول ذلك صراحة المادة ٢/٩٤٩ فيما رأينا (٢) ، فلا يكون له أثر إلا قبل من التبس عليه أمر الحيازة من حيث عنصر القصد .

ففي المثل الذى قدمناه عن الحيازة الغامضة عند الزوجة والوارث والحامد والتابع ممن كانوا يعيشون مع الميت في مسكن واحد ، لا يكون لعيب الغموض من أثر إلا قبل ورثة الميت الآخرين ، فلا يحتج عليهم بهذه الحيازة الغامضة ، ولكن يحتج بها على غير ورثة الميت . وفي المثل الآخر ، وهو الحيازة الغامضة عند الشريك في الشيوع ، لا يكون لعيب الغموض من أثر إلا قبل الشركاء الآخرين في الشيوع ، فلا يحتج عليهم بهذه الحيازة الغامضة (٣) ، ولكن

(١) لوران ٣٢ فقرة ٢٩٠ وما بعدها - بفتوار ص ٢٦٥ وما بعدها - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ١٥٧ - مارتى وريينر فقرة ٢٤ - وانظر نقض فرنس ١٤ مايو سنة ١٩٦٢ Bull. civ. ١٢٩ .

(٢) أنظر آتلاً فقرة ٢٧٣ .

(٣) استئناف وطنى ٣١ أغسطس سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ٢٥٧ - ٣ مارس سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ٢٦ ص ١٥٧ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٩٢ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ١٤٥ - ١١ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ٢٦٢ - ٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ الشرائع ١ رقم ٢٠١ ص ٩٤ - ٢٣ يناير سنة ١٩١٥ للشرائع ٢ -

يجب بها على غير هؤلاء الشركاء (١) .

٢٨٧ - زوال عيب الغموض بانتفاء اللبس : وكما يزول عيب علم استمرار الحيازة إذا هي تحولت إلى حيازة مستمرة ، ويزول عيب الخفاء بظهور الحيازة ، ويزول عيب الإكراه بانقطاع الإكراه ، كذلك يزول عيب الغموض بانتفاء اللبس ، ومن وقت هذا الانتفاء . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٢/٩٤٩ مدني ، إذ تنص كما رأينا (٢) بأنه إذا شاب الحيازة لبس أو غموض لم يكن لها أثر قبل من التمس عليه أمرها إلا من وقت أن يزول هذا العيب وينتفي اللبس أو الغموض .

فاذا كانت حيازة الوارث أو من يعيش مع الميت حيازة غامضة ، أو كانت حيازة الشريك في الشيوع حيازة غامضة ، ظلت الحيازة في كل من الحالتين على غموضها ، إلى أن ينتفي اللبس ، ويزول الغموض . وينتفي اللبس ويزول الغموض ، إذا عد الحائر الذي يشوب حيازته الغموض إلى التصرف في العين تصرفاً يظهر بجماله وفي غير لبس أو غموض أنه إنما يحوز العين لحساب نفسه خاصة ، وأنه أصبح واضحاً أنه لا يحوزها لحساب غيره أو لحساب نفسه وغيره معاً .

ولا يشترط في ذلك تغيير صفة الحيازة بأحد السببين اللذين تتغير بهما صفة الحيازة الرضوية فتحول إلى حيازة أصيلة ، وهما فعل من الغير أو فعل يصدر من الحائر يعارض به حق المالك (٣) ، فان الحيازة الغامضة غير الحيازة الرضوية ، والمقصود هو إزالة الغموض لا تحويل حيازة رضوية إلى حيازة

حرق ١٧٢ ص ١٥٥ - وتسقط قرينة أن الشريك وضع يده كشريك ، وتصبح الحيازة غير غامضة إذ تنحصر لحساب هذا الشريك خاصة ، إذا وقام بأعمال تنافي حقوق بقية الشركاء (استئناف وطني ٦ نوفمبر ١٩١٣ المبيعة الرسمية ١٥ رقم ٢١ ص ٤٥ - ٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ المبيعة الرسمية ١٥ رقم ٨٤ ص ١٦٤) .

(١) أنظر عكس ذلك وأن عيب الغموض عيب مطلق لا نسى : ملزو بقرة ١٤٤٢ - وأنظر في أن الغموض يهدم الحيازة من أساسها إذ ينفي عنصر القصد ، وليس بمجرد عيب يشوب الحيازة : يبدان بقرة ٦٧٩ - محمد علي عرقة ٢ بقرة ٧٦ ص ١٢٩ .

(٢) أنظر آنفاً بقرة ٢٧٣ .

(٣) أنظر آنفاً بقرة ٢٧٢ .

أصله^(١) . لذلك يكفي في زوال عيب الغموض أو اللبس أن يكون تصرف الحائز بحيث يستخلص منه في وضوح أنه إنما يحوز لحساب نفسه خاصة ولا يحوز لحساب غيره . فيستأثر مثلا من كان يعيش مع الميت بما في حيازته من المتقولات ، بأن يعلن أنها له وحده وليس للميت أى حق فيها ، أو أن يقرر في قائمة الجرد أن هذه المتقولات هي ملكه ويجب استبعادها من قائمة الجرد . ويستقل حائز العين الشائعة بحيازتها فلا يشاركه في هذه الحيازة أحد غيره من الشركاء ، وإذا حاول شريك أن يفعل منه من ذلك . فهنا يظهر في غير لبس ولا غموض أن الحائز يحوز لحساب نفسه خاصة ، ويزول بذلك عيب الغموض أو اللبس ، وتصبح الحيازة صالحة لإنتاج آثارها . ولكن يجب أن تصدر من الحائز أعمال ظاهرة صريحة في أنه إنما يحوز لحساب نفسه خاصة ، وتتعارض هذه الأعمال مع أية حيازة أخرى يمكن أن تتخالط حيازته^(٢) .

§ ٣ - الحيازة بحسن نية والحيازة بسوء نية

(Possession de bonne foi et possession de mauvaise foi)

٢٨٨ - نصوصي قانونية : تنص المادة ٩٦٥ مدنى على ما يأتى :

١ - يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير ، إلا إذا كان الجهل ناشئا عن خطأ جسم .

٢ - فإذا كان الحائز شخصا معنويا ، فالعبرة بنية من ممثله .

٣ - وحسن النية يفترض دائما ، ما لم يقم الدليل على العكس .

وتنص المادة ٩٦٦ مدنى على ما يأتى :

١ - لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذى يصبح

فيه عالما أن حيازته اعتداء على حق الغير .

٢ - ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته في

صحيفة الدحوى ، ويعد سوء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٢٩٣ ص ٢٢٨ .

(٢) استئناف وطنى ٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٢١ ص ٤٥ -

٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨٤ ص ١٦٤ (وقد سبق الإشارة إلى ملحق

الحكمين) - نقض فرنسى ٩ ديسمبر سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦ - ١ - ٣٤٨ - لوران فقرة

٢٩٢ - بنوار ص ٢٧٢ وص ٢٧٦ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٩٣ ص ٢٢٨ .

وتنص المادة ٩٦٧ مدني على ما يأتي :

« تبقى الحيازة محفظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها ، ما لم يغم الدليل على عكس ذلك » (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى (٢) : في التقنين المدني السوري

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٦٥ : ورد هذا النص في المادة ١٤١٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

١ - يد حسن النية من يحوز الشيء وهو يحفل أنه يستند على حق الغير ، إلا إذا كان هذا الجهل

ناشئاً عن خطأ جسيم فيعتبر حائزاً بسوء نية . ٢ - فإذا كان الحائز شخصاً ممنوياً ، فالعبرة بحسن

أوسوحيته من يملكه . ٣ - وحسن النية يفترض دائماً ما لم يغم الدليل على العكس . ووافقت عليه لجنة

المراجعة تحت رقم ١٠٤٠ في المشروع النهائي ، بعد إدخال تعديل لفظي « يحفل المعنى أوضح

وأدق » . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٧ ، بعد استبدال عبارة « فالعبرة بنية من

يمتلكه بعبارة « فالعبرة بحسن نية من يملكه أو بسوئها » . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٥ ،

بعد استبدال كلمة « الحق » بكلمة « الشيء » وحذف عبارة « فيعتبر حائزاً بسوء نية » الواردة في

الفقرة الأولى لأنها مفهومة من غير نص (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٥ - ص ٤٨٦) .

م ٩٦٦ : ورد هذا النص في المادة ١٤١٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه من

التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤١

في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٨ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ ، بعد

إدخال بعض تعديلات لفظية ، تحت رقم ٩٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٧ - ص ٤٨٨) .

م ٩٦٧ : ورد هذا النص في المادة ١٤١٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق

لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٢ في

المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم

٩٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٨ - ص ٤٩٠) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل

التقنين المدني الليبي م ٩٦٩ - ٩٧١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٤٨ : ١ - يد حسن النية من يحوز الشيء وهو يحفل أنه يستند على

حق الغير . وحسن النية يفترض دائماً ، ما لم يغم الدليل على خلاف ذلك . ٢ - ولا تزول صفة

حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه حالماً أن حيازته اعتداء على حق الغير . ويد

كذلك سوء النية من انتصب الحيازة من غيره بالإكراه ، ولو اعتقد أن لاحقاً في الحيازة . ٣ - وتبقى

الحيازة محفظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها ، ما لم يغم الدليل على خلاف ذلك . (والتقنين

العراقي في مجموعه يتفق مع التقنين المصري . وهناك خلاف في بعض التفاصيل : لم يذكر التقنين

العراقي ، كما ذكر التقنين المصري ، أن الخطأ الجسمي يكون بمثابة سوء نية ، في الفقرة الأولى

من المادة ١١٤٨ منه . ولم يذكر ، كما ذكر التقنين المصري ، أن الحائز يصبح سوء النية من

وقت إعلان صحيفة الدعوى إليه بموجب الحيازة ، في الفقرة الثانية من المادة ١١٤٨ منه) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

لا مقابل - وفي التفتين المدني الليبي م ٩٦٩ - ٩٧١ - وفي التفتين المدني العراقي م ١١٤٨ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

وتخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن الحيابة قد تكون حسن نية أو بسوء نية . ونبحث ، في صدد هذه النصوص وتمييزها بين حسن النية وسوء النية في الحيابة ، المسائل الآتية : (١) أهمية التمييز بين حسن النية وسوء النية في الحيابة . (٢) متى يعتبر الحائز حسن النية . (٣) حسن النية يفترض دائما . (٤) متى يعتبر الحائز سيء النية . (٥) إثبات سوء النية في الحيابة . (٦) متى يعتبر الحائز سيء النية ولو كان يعتقد أن له حقا في الحيابة . (٧) احتفاظ الحيابة بصفتها حتى يقوم الدليل على العكس . (٨) صفة الحيابة بعد انتقالها إلى خلف عام أو إلى خلف خاص .

٢٨٩ - أهمية التمييز بين حسن النية وسوء النية في الحيابة : ليس للتمييز

بين حسن النية وسوء النية في الحيابة أهمية في دعاوى الحيابة ، إذ يستوى في الالتجاء إليها أن يكون الحائز حسن النية أو سيء النية . ولكن هذا التمييز له أهمية بالغة في أحوال أخرى ، نذكر منها خاصة ما يأتي :

(١) عند استرداد الحائز من المالك المصروفات النافعة التي يكون قد أنفقها على العين ، يختلف الحكم فيها إذا كان الحائز حسن النية عما إذا كان سيء النية (م ٩٨٠ / ٢ مدني) وسنرى تفصيل ذلك فيما سيأتي (١) .

(٢) في مسئولية الحائز عن هلاك العين التي كانت في حيازته ، يجب التمييز بين الحائز حسن النية والحائز سيء النية ، فان حكم أحدهما يختلف عن حكم الآخر (م ٩٨٣ - ٩٨٤ مدني) . وسنبين ذلك تفصيلا فيما سيأتي (٢) .

(٣) في اعتبار الحيابة سببا لامتلاك ، يختلف حكم الحيابة بحسن نية اختلافا بينا عن حكم الحيابة بسوء نية . ويظهر ذلك فيما يأتي :

(أ) إذا كان الحائز سيء النية ، فانه لا يملك بالتقادم ، كلا من العقار والمتقول ، إلا بانقضاء خمس عشرة سنة ، وهذا هو التقادم الطويل (٣) .

(ب) إذا كان الحائز حسن النية ، فانه يملك العقار بالتقادم التخصيص أي بخمس سنوات إذا كان لديه سبب صحيح كما سيأتي (٤) .

(ج) وكذلك ، إذا كان حسن النية ، يملك المتقول في الحال بمجرد الحيابة ، إذا كان لديه سبب صحيح ، كما سيأتي (٥) .

(١) أنظر مایل فقرة ٣٥٦ . (٢) أنظر مایل فقرة ٣٦٠ - فقرة ٣٦٢ .

(٣) أنظر مایل فقرة ٣٦٥ وما بعدها . (٤) أنظر مایل فقرة ٤١٧ وما بعدها .

(٥) أنظر مایل فقرة ٤٣٥ وما بعدها .

(د) ويتملك أخيراً ، إذا كان حسن النية ، الثمار بمجرد قبضها ، وسيأتي بيان ذلك (١) .

٢٩٠- متى يعتبر الحائز معلن النية : رأينا (٢) أن الفقرة الأولى عن

المادة ٩٦٥ مدني تنص على أنه « يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير ، إلا إذا كان الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم » . ويؤخذ من هذا النص أن الحائز لحق ، حق ملكية أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن حيازة أو حق مستأجر أو غير ذلك من الحقوق ، يعتبر حسن النية إذا كان يعتقد أن حيازته لهذا الحق لا تنطوي على اعتداء على حق للغير . وأقرب تطبيق لذلك هو أن يكون الحائز لحق الملكية يعتقد أنه هو المالك فيكون حسن النية في حيازته لحق الملكية سواء كان هو المالك فعلاً أو لم يكن ، وأن يكون الحائز لحق آخر غير حق الملكية يعتقد أنه هو صاحب الحق فيكون حسن النية في حيازته لهذا الحق سواء كان هو صاحبه أو لم يكن . فإذا اشترى شخص مثلاً عينا من شخص آخر معتقداً أنه هو المالك ، وتسلم العين من البائع ، فانه يحوز حق الملكية ، ويكون في حيازته إياه حسن النية ما دام يعتقد أنه قد اشترى من المالك ، وذلك سواء كان البائع مالكا حقيقة أو لم يكن . ويصح ، بدلا من أن يشتري العين ، أن يرثها أو أن يوصى له بها أو أن تهب له أو أن يأخذها بالشفعة ، ففي جميع هذه الأحوال إذا تسلم العين فانه يعتبر حائزا لحق الملكية بحسن نية ما دام يعتقد أن المورث أو الموصى أو الواهب أو البائع للمشتري الذي أخذ منه العين بالشفعة هو المالك ، سواء كان مالكا حقا أو غير مالك . وكذلك إذا تعاقد مع شخص على ترتيب حق ارتفاق لمصلحة عقاره على عقار مملوك لهذا الشخص ، أو ارتهن منه مالا رهن حيازة ، أو استأجر منه عينا ، فانه يحوز حق الارتفاق أو حق رهن الحيازة أو حق الاستأجر ، ويعتبر حائزا حسن النية ما دام يعتقد أن الشخص الذي تعامل معه بملك نقل الحق إليه ، سواء كان هذا الشخص يملك فعلاً نقل الحق إليه أو لا يملك .

وهذا هو أقرب تطبيق لعبارة « يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير » كما قلنا ، فما دام الشخص الذي يحوز الحق يعتقد أن هذا الحق له ،

(١) أنظر مابيل فقرة ٤٦٠ وما بعدها .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

فلا شك في أنه « مجهول أنه يعتدى على حق الغير » . ولكن هذه العبارة أوسع من التطبيقات التي قدمناها . فقد يجهل الحائز أنه يعتدى على حق الغير ، ولكنه مع ذلك يعلم أن الحق الذي يحوزه ليس له . وأقرب مثل لذلك نجده في الاستيلاء ، فقد يعتقد شخص أن منقولا مينا غير مملوك لأحد ، فيحوزه قاصدا أن يملكه بالاستيلاء . فإذا كان المنقول ليس مالا مباحا بل هو مملوك لشخص آخر ، فإن الحائز للمنقول يكون جاهلا أنه في حيازته لهذا المنقول يعتدى على حق الغير ، ولكنه مع ذلك يعرف عند حيازته إياه أنه غير مملوك له . ففي هذه الحالة أيضا يكون حائزا للمنقول وهو حسن النية ، مادام لا يعلم أن المنقول مملوك لأحد . ومن هنا نرى أنه ليس من الضروري ، في جهل الحائز أنه يعتدى على حق الغير ، أن يعتقد أن الحق الذي يحوزه هو حق مملوك له . والمهم . في حسن نية الحائز ، أنه يجهل أنه يعتدى على حق الغير ، وليس من الضروري أن يعتقد أن الحق مملوك له . ومتى جهل الحائز أنه يعتدى على حق الغير ، فإنه يعتبر في الأصل حائزا حسن النية . ومع ذلك قد يكون . في جهله أنه يعتدى على حق الغير ، ارتكب خطأ جسيما . فقد يكون ، في شرائه العين من غير مالك مثلا ، في استطاعته أن يعلم بحقيقة الأمر لو أنه بذل أقل جهد في التحري عنه . ومع ذلك يقدم على الشراء في رعونته ودون مبالاة . فإذا حاز العين التي اشتراها من غير المالك ، فإنه يكون قد ارتكب خطأ جسيما في جهله أنه بحيازته هذه يعتدى على حق الغير . ذلك بأن الخطأ الجسيم يلحق بسوء النية . فسوء النية أمر عسير الإثبات إذ هو يتعلق بالنوايا الخفية . فيؤخذ الخطأ الجسيم قرينة عليه وتكون القرينة هنا غير قابلة لإثبات العكس ^(١) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « يفرض في الحائز أنه حسن النية . أي يعتقد أنه يملك الحق الذي يحوزه ويجهل أنه يعتدى بحيازته على حق الغير ، حل ألا يكون خطأ في هذا الجهل جسيما ، فإن الخطأ الجسيم يلحق بسوء النية ، تسهلا للإثبات في مسائل مقددة تتعلق بالنوايا الخفية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٩) .

ويخلص بما تقدم أنه حتى يعتبر الحائز حسن النية يجب توافر عنصرين ، أحدهما ذاتي والآخر موضوعي . فالعنصر الذاتي هو أن يكون الحائز جاهلا أنه يعتدى على حق الغير ، فأى شك يخرج في صدره أنه قد يكون متديا على حق الغير يهدم هذا العنصر الذاتي ، ويجهل الحائز من النية . والعنصر الموضوعي هو أن يكون الحائز . في جهله أنه يعتدى بحيازته على حق-

وإذا كان الحائر شخصاً معنوياً كجمعية أو شركة ، فلما كان لا يمكن أن يكون للشخص المعنوي نية كالشخص الطبيعي ، فقد جعل القانون العبرة بنية من يمثل هذا الشخص المعنوي ، من مدير أو مفوض أو غير ذلك : فإذا كانت نية هذا الشخص الطبيعي حسنة على الوجه المبين فيها قدمناه ، كان الشخص المعنوي نفسه حسن النية ، وإلا فهو سوء النية . وتنص الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٥ مدني ، كما رأينا (١) ، في هذا الصدد على ما يأتي : « فإذا كان الحائر شخصاً معنوياً ، فالعبرة بنية من يمثله » .

وبخلص من ذلك أن الحائر يكون حسن النية إذا لم يعلم ، وكان لا يستطيع أن يعلم ، أنه في حيازته هذه قد اعتدى على حق الغير .

٢٩١ - حسن النية يفترض دائماً : ولا يطلب من الحائر أن يثبت حسن

نيته ، فالمفروض أصلاً أنه حسن النية ، إلى أن يثبت خصمه العكس . وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٥ مدني ، كما رأينا (٢) ، على ما يأتي : « وحسن النية يفترض دائماً ، ما لم يعم الدليل على العكس » .

والسبب في افتراض حسن النية في الحائر أن المشاهد في أغلب الأحيان أن الشخص الذي يجوز لهيئتنا يكون هو المالك له ، والذي يستعمل حقاً غير حق الملكية يكون هو صاحب هذا الحق . فافترض القانون حسن النية في الحائر ، أخذاً بالغالب الراجح . وذلك إلى أن يثبت من يدعى أن الحائر سوء النية سوء نيته ، فيحمل هذا المدعى عبء إثبات سوء النية . مثل ذلك أن يرفع

- الغير لم يرتكب خطأ جسيماً ، إذ الخطأ الجسيم يقارن سوء النية ، فيجعل الحائر - وهو حسن النية ذاتياً - سوء النية موضوعياً . ومن هذا نرى أن أي شك يتخلل الحائر يحمله سوء النية ، وحتى لو لم يتخلل أي شك بل كان على يقين تام من أنه لا يعتدي على حق الغير بحيازته ، فإن الخطأ الجسيم يهدم حسن نيته إذ أن هذا الخطأ هو بمثابة سوء النية . أنظر مع ذلك انتقاداً لنص التفتين الجديد (١/٩٦٥م) : جمال الدين زكي في رسالته في حسن النية في كسب الحقوق ص ٨٧ - ص ٨٨ (وعنده أن حسن النية لا يشتمل إلا على عنصر موضوعي هو انتفاء الخطأ *(absence de faute)* فالحائر يكون حسن النية إذا كان في اعتدائه بحيازته على حق الغير لم يرتكب أي خطأ ولو كان خطأ بسيطاً . أما إذا ارتكب خطأ ولو بسيطاً فإنه ، يكون سوء النية حتى لو كان من الناحية الذاتية يجهل أنه يعتدي على حق الغير : رسالته المتقدم ذكرها ص ٤٠ - ص ٥٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

المالك الحقيقي على الحائز دعوى الاستحقاق مطالبا بإياه برد العين وبالثمار التي قبضها ، فيتمسك الحائز بأنه تملك الثمار بقبضها لأنه كان حسن النية في حيازته . ففي هذه الحالة لا يكلف الحائز بإثبات حسن نيته لأن حسن النية مفترض في جانبه كما قدمنا ، وعلى المالك أن يثبت أن الحائز كان سىء النية حتى يستطيع أن يسترد منه الثمار . والمالك يثبت أن الحائز كان سىء النية بأن يثبت أنه كان وقت حيازته يعلم أو ينبغي أن يعلم بأنه يعتدى على حق ملكيته ، على الوجه الذى سنبينه فيما يأتى (١) .

هذا وافتراض حسن النية في الحائز هو الأصل ، على أنه يجوز أن ينص القانون في حالة معينة على عدم افتراض حسن النية في الحائز وتكليفه هو بإثبات حسن نيته . مثل ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٩٥٥ مدنى من أن « تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها ، على أنه إذا كان السلف سىء النية وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية ، جاز له أن يتمسك بحسن نيته » . فالمفروض هنا أن حائزا ثبت سوء نيته : وانتقلت حيازته إلى وارثه فأصبح هذا هو الحائز . ففي هذه الحالة لا يفرض القانون في الوارث أنه حسن النية ، بل إن الحيازة تنتقل إليه بالصفة التي كانت عليها عند المورث ، فيعتبر الوارث حائزا سىء النية كما كان مورثه . إلى أن يثبت هو حسن نيته . واستعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى فيما يأتى (٢) .

٢٩٢ - متى يعتبر الحائز سىء النية : يستخلص مما قدمناه أن الحائز

يعتبر سىء النية في حالتين :

(الحالة الأولى) إذا ثبت أن الحائز كان يعلم ، وهو يجوز الحق الذى يستعمله ، أن حيازته لهذا الحق اعتداء على حق الغير . فالسارق يعتبر حائزا سىء النية للشيء المسروق ، لأنه وهو يسرقه يعلم أنه يعتدى على حق المالك . والمغتصب لمال الغير ، عقاراً كان هذا المال أو متقولا ، يعتبر حائزاً سىء النية ، لأنه وقد اغتصب مال الغير قد علم أنه بعمله هذا قد اعتدى على حق هذا الغير . ومن وجد مالا ضائعاً فاستولى عليه لنفسه دون أن يبلغ عنه يعتبر

(١) انظر ما يلى فقرة ٢٩٣ .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٣٠٠ .

حائزاً لشيء النية ، لأنه يعلم أن هذا المال ليس له وأن هناك احتمالاً أن يكون له صاحب ، فهو يعلم إذن أن حيازته لهذا المال اعتداء على حق صاحبه فيما لو ظهر أن له مالكا . ومن أغنى شيئا مسروقاً وهو يعلم بسرقة يعتبر حائزاً لشيء النية ، لأنه يعلم أن حيازته لهذا المال اعتداء على حق مالكة . ومن جاز على أرض الجار فأدخل جزءاً منها في أرضه يكون حائزاً لشيء النية إذا كان يعلم أن هذا الجزء من الأرض ليس له ، لأنه يكون بحيازته إياه عالماً بأنه يعتدى على حق الجار . ومن اشترى عينا من بائع لا يملكها وهو يعلم ذلك ، وتسلم العين ، يكون حائزاً لشيء النية ، لأنه يعلم بأن العين لم تنتقل ملكيتها إليه وأنه بحيازته إياها يعتدى على حق مالكة . ومن وجد في تركة مورثه عينا يعلم أنها غير مملوكة للمورث ، ولدخلها في التركة واستولى عليها . يكون حائزاً لشيء النية ، لأنه يعلم بأنه يعتدى على حق مالك العين . فإذا كان يعتقد أن العين مملوكة لمورثه ولكن ثبت أن المورث كان شيئاً النية يعلم أن العين غير مملوكة له ، فإن الوارث يكون مع ذلك حسن النية ، ولكن حسن نيته في هذه الحالة لا يفترس ويجب عليه هو أن يثبت ، لأن الحيازة تنتقل إليه من مورثه على اعتبار أنها حيازة بسوء نية إلى أن يثبت أنه هو حسن النية (١) .

(الحالة الثانية) إذا ثبت أن الحائز ، وإن كان لا يعلم بأن حيازته اعتداء على حق الغير ، كان يبنى عليه أن يعلم ذلك . فيكون جهله بأن حيازته اعتداء على حق الغير نتيجة لخطأ جسيم . وقد رأينا أن الجهل بالاعتداء على حق الغير لا يعتد به إذا كان نتيجة لخطأ جسيم ، وأن الحائز في هذه الحالة يعتبر في حكم من يعلم بأن حيازته اعتداء على حق الغير ، ومن ثم يكون حائزاً لشيء النية (٢) . فنسلم شيئا من شخص معروف بسوء السيرة وأنه قد ألف السرقة ، وكان هذا الشيء ذا قيمة كبيرة بحيث يستبعد أن يكون مملوكاً لهذا الشخص ، فانه يكون حائزاً لشيء النية ، سواء اشترى الشيء أو ارثته أو قبله ودبعة عنده . ويرجع ذلك إلى أنه وإن لم يثبت بوجه قاطع أن الحائز يعلم أن الشيء مسروق ، إلا أنه كان يستطيع أن يعلم أنه مسروق لو أنه بذل أقل جهد في التحري عن

(١) أنظر م ١/٩٥٥ مدو وقد سبقت الإشارة إليها آنفاً فقرة ٢٩١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٠ في آخرها .

مصدر هذا الشيء . فيكون جهله بأنه يعتدى على حق الغير نتيجة لخطأ جسيم في جانبه . ومن جار على جزء من الأرض المجاورة لأرضه ، وكان من السهل عليه أن يتبين لو أنه بذل أقل جهد في التحرى أن هذا الجزء من الأرض هو لجاره وليس مملوكا له . يكون حائزا لشيء النية . لأن جهله بأن حيازته اعتداء على حق الجار يرجع إلى خطأ جسيم في جانبه .

وإذا كان الحائز في البداية حسن النية ، ثم علم بعد ذلك أن العين مملوكة للغير . فانه يصبح سىء النية من وقت هذا العلم . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٦٦ مدنى ، كما رأينا (١) . صراحة على ذلك إذ تقول : « لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذى يصبح فيه عالما أن حيازته اعتداء على حق الغير » (٢)

٢٩٢ - إنبات سوء النية فى الحيازة : وقد قدما أنه يفترض فى الحائز

أنه حسن النية ، وعلى صاحب الحق الذى يستعمله الحائز أن يثبت أن الحائز سىء النية . فعلى صاحب الحق إذن أن يثبت أن الحائز يعلم ، أو كان ينبغي أن يعلم ، أن حيازته اعتداء على حقه . ولما كان علم الحائز بذلك . أو إمكان علمه به . واقعة مادية . فان صاحب الحق يستطيع لإنبات هذه الواقعة بجميع طرق الإنبات . ويدخل فى ذلك البينة والقرائن .

ومن القرائن القانونية على علم الحائز أن يكون مورثه الذى نقل إليه الحيازة قد ثبت سوء نيته . فيفترض قانونا أن الوارث هو أيضا مثل مورثه سىء النية يعلم أن العين غير مملوكة لمورثه . ولكن هذه القرينة . القانونية قابلة لإنبات العكس ، فيستطيع الوارث أن ينقضها بأن يثبت أنه هو كان حسن النية خلافا لمورثه . وأنه كان يعتقد أن العين كانت مملوكة لمورثه (٣) . ومن القرائن القضائية على علم الحائز أيضا أن يكون قد اشترى أرضا معلومة الحدود ، ومع ذلك يجاوز هذه الحدود الظاهرة عند تسلمه الأرض من البائع .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وإذا أريد إثبات أن الحائز سىء النية ، وجب إقامة الدليل على أنه يعلم بأنه لا يملك الحق الذى يحوزه ، أو أنه كان يجهل ذلك ثم علم فزال حسن نيته (مجموعة الأعمال التحضيرية - ص ٤٨٩) .

(٣) انظر م ١/٩٥٥ مدنى آنفاً فقرة ٢٩١ .

ومن القرائن القضائية على إمكان علم الحائر بأن الشيء مملوك لشخص آخر ما قبلناه من أن يشتري هذا الشيء من شخص معروف بسوء السيرة وقد ألف السرقة ، وأن الشيء كبير القيمة بحيث يستبعد أن يكون مملوكاً لهذا الشخص .

٢٩٤- متى يعتبر الحائر سىء النية ولو لم يفتقر أنه مدعى

الجائزة : رأينا (١) أن الفقرة الثانية من المادة ٩٦٦ مدنى تنص على ما يأتى : « ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائر بعبوب حيازته فى صحيفة الدعوى ، ويعد سىء النية من اغتصب بالإكراه الجائزة من غيره » . ويخلص من هذا النص أن هناك حالتين يعتبر فيهما الحائر سىء النية ولو كان يعتقد أن له حقا فى الجائزة :

(الحالة الأولى) إذا أعلن الحائر فى صحيفة الدعوى بأن الحق الذى يحوزه ليس له وطولب برده إلى صاحبه ، فن وقت إعلان صحيفة الدعوى إلى الحائر متضمنة هذا المعنى يصبح الحائر سىء النية ، حتى لو كان يعتقد بالرغم من هذا الإعلان أن الحق الذى يحوزه هو له وأن المدعى مبطل فى دعواه . فلو ظهر حقا أن المدعى مبطل فى دعواه وأن الحائر على حق فى اعتقاده بأن الحق الذى يحوزه هو له ، فلا تثار فى هذا القرض مسألة سوء نية الحائر لأنه قد ثبت أن الحق هو حقه ، فلا يسترد منه المدعى شيئا . أما إذا ظهر أن المدعى على حق فى دعواه وأن الحق الذى يستعمله الحائر ليس له ، فعندئذ يعامل الحائر كما لو كان سىء النية من وقت أن وصل إليه إعلان المدعى ، حتى لو أثبت أنه كان يعتقد أن له حقا فى الجائزة بالرغم من هذا الإعلان كما سبق القول . ويرتب على ذلك بوجه خاص أنه يطالب برد جميع ثمار العين التى قبضها والتى قصر فى قبضها من وقت أن يصبح سىء النية ، أى من وقت وصول إعلان المدعى إليه على النحو الذى قدمناه . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٩٧٩ مدنى إذ تقول : « يكون الحائر سىء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سىء النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها ، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقته فى إنتاج هذه الثمار » ، وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلى (٢)

(١) انظر آتفاً فقرة ٢٨٨ .

(٢) انظر فقرة ٤٧١ .

ويلاحظ أن الحائز لا يطالب برد الثمرات إلا من وقت إعلان صحيفة الدعوى إليه ، ففي هذا الوقت فقط يمكن القول بأنه علم بما يوجه إلى حيازته من اعتراض ، بحيث لو كان هذا الاعتراض صحيحاً أمكن تبرير مطالبته برد الثمرات من وقت علمه بالاعتراض كما لو كان سوء النية . ولا يكفي في ذلك قيد الدعوى في قلم كتاب المحكمة وتقديم صحيفة إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملاً ، فإن المادة ٧٥ من تقنين المرافعات المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ إنما تعتبر الدعوى قاطعة لمدة التقادم أو السقوط من وقت تقديم صحيفة إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملاً ، أما باقي الآثار التي ترتب على رفع الدعوى فلا تسرى إلا من وقت إعلان المدعى عليه بصحتها . ومن باقي الآثار التي ترتب على رفع الدعوى اعتبار الحائز سوء النية ، فلا يترتب هذا الأثر إلا من وقت إعلان الحائز فعلاً بصحيفة الدعوى (١) .

(١) وهناك مشروع لتتيج تقنين المرافعات ، جاء في المادة ٦٢ منه أن وترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ، مالم ينص القانون على غير ذلك . وتنص المادة ٦٧ من المشروع على أن « يقيد قلم الكتاب الدعوى في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك ، بعد أن يثبت في حضور المدعى أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظرها في أصل الصحيفة وصورها . وعليه في اليوم التالي على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ، ورد الأصل إلى قلم الكتاب » . وتنص المادة ٦٨ من المشروع على أنه « على قلم المحضرين أن يقوم بإعلان صحيفة الدعوى خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه ، إلا إذا كان قد حدد لنظر الدعوى جلسة تقع في أثناء هذا الميعاد ، فتندفع يجب أن يتم الإعلان قبل الجلسة . وذلك كله مع مراعاة ميعاد المحضور . . . » - ويستخلص من هذه النصوص أن الدعوى تعتبر مرفوعة من وقت إيداع صحيفة بقلم كتاب المحكمة ، وأن قلم الكتاب يسلم الصحيفة إلى قلم المحضرين في اليوم التالي على الأكثر من تاريخ إيداعها ، وأن قلم المحضرين يقوم بإعلانها خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه . وعلى ذلك تعتبر الدعوى مرفوعة قبل إعلان صحيفة إلى المدعى عليه بمدة قد تطول إلى ثلاثين يوماً ، ويترتب على ذلك أن رفع الدعوى ينتج آثاره القانونية قبل إعلان صحيفة . ونرى أنه ، إذا أصبح هذا المشروع قانوناً ، لا بد أن يستثنى الحكم القاضي بجعل الحائز في حكم سوء النية من بين الآثار التي ترتب على رفع الدعوى ، وتأخير هذا الأثر إلى يوم إعلان الحائز . بصحيفة الدعوى . والقول بغير ذلك يجعل الحائز في حكم سوء النية من وقت إيداع صحيفة الدعوى في قلم كتاب المحكمة ، أي قبل إعلانها للحائز بمدة قد تصل إلى ثلاثين يوماً وقبل أن يسلم الحائز فعلاً بالاعتراض الموجه إلى حيازته .

(الحالة الثانية) إذا اغتصب الحائر بالإكراه الحيازة من غيره . والذي يجعل الحائر سىء النية في هذه الحالة هو نفس اغتصاب الحيازة بالإكراه ، ولو كان يعتقد أن الحق الذي اغتصب حيازته هو حقه . وذلك بأنه حتى لو اعتقد أن الحق حقه ، فما كان ينبغي أن يغتصب حيازته بالإكراه ، بل كان الواجب أن يلجأ إلى الوسائل القانونية لاسترداده . أما وقد اغتصب حيازته بالإكراه ، فإنه يعتبر حائراً سىء النية . ونجربى عليه أحكام الحيازة بسوء نية بوجه خاص فيما يتعلق بالمسئولية عن الهلاك وبوجوب رد الثمار وذلك فيما لو ظهر أن الشيء الذي اغتصب حيازته بالإكراه ليس له . ولا يشفع له أن يثبت أنه كان يعتقد وقت اغتصاب الحيازة بالإكراه أن الشيء مملوك له ، إذ لا يجوز لأحد أن ينصف لنفسه بنفسه (١) .

وبدئى أنه إذا اغتصب الحائر الحيازة بالإكراه وهو يعتقد أن الشيء مملوك له ، ثم ظهر أن الشيء مملوك له فعلاً ، فإن المدعى لا يرجع عليه بشيء ولا تثار مسألة سوء نية الحائر في هذه الحالة . وهذا لا يخل بما للحائر السابق الذى اغتصب منه الحيازة من حق في رفع دعوى استرداد الحيازة طبقاً لشروطها ، ولا يخل بحقه أيضاً في طلب تعويض عن الإكراه الذى وقع عليه طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية .

٢٩٥ - امتناظ الحيازة بعنفها متى يقوم الدليل على العكس ؟

رأينا (٢) أن المادة ٩٦٧ مدنى تنص على أن « تبقى الحيازة محفظة بالصفة التى بدأت بها وقت كسبها ، ما لم يتم الدليل على عكس ذلك » . فإذا كسب شخص الحيازة وكان حسن النية - وحسن النية مفترض كما قدمنا - فإنه يبقى حائراً حسن النية ، إلى أن يثبت صاحب الحق سوء نيته على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم (٣) . وإذا ثبت أن الحائر سىء النية ، فإنه يبقى حائراً سىء

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « على أن حسن نية (نية الحائر) يزول حتماً من وقت إعلانه في عريضة الدعوى بأنه يملك الحق الذى يجوز له ، ويعد كذلك سىء النية من اغتصب الحيازة من غيره بالإكراه حتى لو كان يعتقد بحسن نية أنه يملك الحق الذى اغتصب حيازته (مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٤٨٩) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٢ .

النية ، وتنقل حيازته بصفته هذه إلى وارثه ، فيعتبر الوارث من النية مثل مورثه إلى أن يثبت أنه حسن النية (م ١/٩٥٥ مدني) .

ويلاحظ أن الحيازة تتغير صفتها عما كانت عليه من قبل بمجرد إقامة الدليل على أن هذه الصفة قد تغيرت على الوجه السابق بيانه . فلا يشترط في تغير صفة الحيازة قيام أحد السببين اللذين تتغير بهما الحيازة العرضية فتتحول إلى حيازة أصيلة ، وهما فعل يصدر من الغير ومعارضة الحائز لحق المالك . ونرى من ذلك أنه لا يشترط قيام أحد هذين السببين إلا في تحول الحيازة العرضية إلى حيازة أصيلة ، أما في تغير صفة الحيازة من حسن النية إلى سوء النية أو بالعكس من سوء النية إلى حسن النية ، وفي زوال عيب من عيوب الحيازة كانقطاع الإكراه أو انتفاء الغموض ، فلا يشترط قيام أحد هذين السببين ، بل تكفي إقامة الدليل على تغير صفة الحيازة أو على زوال العيب .

٢٩٦ - صفة الحيازة بعد انتقالها إلى خلف عام أو إلى خلف خاص-

إمارة : وسرى أنه إذا انتقلت الحيازة إلى خلف عام ، فإنها تنتقل إليه بالصفة التي كانت عليها عند السلف . أما إذا انتقلت إلى خلف خاص ، فإنه يتبدى حيازة جديدة يفترض فيها حسن النية كما هي القاعدة العامة ، وذلك إلى أن يقوم الدليل على العكس .

وقد نصت المادة ٩٥٥ مدني على هذه الأحكام ، وسنعود إلى هذا النص فيما يأتي ، فتحيل هنا إلى ماستقرره هناك (١) .

المطلب الثاني

انتقال الحيازة وزوالها

§ ١ - انتقال الحيازة

(Transfert de la possession)

٢٩٧ - نصوص قانونية : تنص المادة ٩٥٢ مدني على ما يأتي :

« تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك ، وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة ، ولو لم يكن هناك تسليم مادي للشيء موضوع هذا الحق » .

(١) أنظر مایل فقرة ٣٠٠ و فقرة ٣٠٦ .

وتنص المادة ٩٥٣ مدني على ما يأتي :

« يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة ، أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه » .

وتنص المادة ٩٥٤ مدني على ما يأتي :

١ - تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها .

٢ - على أنه إذا تسلّم شخص هذه المستندات وتسلّم آخر البضاعة ذاتها ، وكان كلاهما حسن النية ، فإن الأفضلية تكون لمن تسلّم البضاعة » .

وتنص المادة ٩٥٥ مدني على ما يأتي :

١ - تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها ، على أنه إذا كان السلف سيء النية وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية ، جاز له أن يتمسك بحسن نيته » .

٢ - ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يترتب القانون على الحيازة من أثر » (١) .

(١) تاريخ التصور :

٩٥٢ م : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
« تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك ، وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الشيء أو الحق الذي ترد عليه الحيازة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٢٧ في المشروع النهائي ، بعد أن استبدلت كلمة « الواردة » بعبارة « الذى ترد » وبه أن أصاغت عبارة « ولولم يكن هناك تسليم مادي » في آخر النص « وليكون الحكم أوضح » . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٢٤ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت كلمة « والشيء » ، وأضيفت عبارة « الشيء » موضوع هذا الحق في آخر المادة ، وأصبح رقم النص ٩٥٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدله بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٧ - ص ٤٥٨) .

٩٥٣ م : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التخصين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٨ - ص ٤٥٩) .

٩٥٤ م : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما انتظم عليه التخصين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢٩ في المشروع -

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق : فيما عدا المادة ٢/٩٥٥ مدني فيقابلها في التقنين المدني السابق المادة ١٠٣/٧٧ (١).

وتقابل النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩١١ - ٩١٤ وفي التقنين المدني الليبي م ٩٥٦ - ٩٥٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٤٩ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ١/٢٥٨ (٢). وتعرض النصوص سالفة الذكر لانتقال الحيازة من حائز إلى حائز آخر ، وبحسن أو لا تحديد معنى انتقال الحيازة في هذا الصدد .

= الثاني. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٦ . وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض على أن النص لم يورد إلا حالتين من حالات التسليم وهما تسليم السندات المطاة عن البضائع المهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن ، فأجيب على هذا الاعتراض بأن هاتين الحالتين لم تردا على سبيل الحصر وإنما هما المثلان الغالبان في العمل . ووافقت على النص تحت رقم ٩٥٤ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٠ - ص ٤٧١) . م ٩٥٥ : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٦ من المشروع التهديدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٠ في المشروع النهائي ، بعد تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً لكل المطابقة لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٧ . ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٢ - ص ٤٦٤) .

(١) التقنين المدني السابق م ١٠٣/٧٧ : يجوز لواضع يده على المقار أو الحقوق المبنية أن يضم لمدة وضع يده عليها مدة وضع يده من انتقل ذلك منه إليه . (والحكم يتفق مع حكم التقييد المدني الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩١١ - ٩١٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٥٦ - ٩٥٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٤٩ : ١ - تنتقل الحيازة للخلف العام بصفته . على أنه إذا أثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية ، جاز له أن يتسكك بذلك ولو كان صله به النية . ٢ - ويجوز للخلف ، عاماً كان أو خاصاً ، أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يريته القانون من أثر .

(والحكم يتفق مع حكم المادة ٩٥٥ مدني مصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ١/٢٥٨ : . . . ويمكن لمن يدعي بمرور الزمن أن يستند إلى يده الشخص الذي اتصل منه المقار إليه . (والحكم يتفق مع حكم المادة ٩٥٥ مدني مصري) .

٢٩٨ - محمدي معنى انتقال الحيازة من حائز إلى حائز آخر : يراد

بانقزال الحيازة من حائز إلى حائز آخر أن تكون الحيازة في هذا الانتقال حيازة متصلة ، لا تنقطع اللاحقة منها عن السابقة ، ولا تعتبر اللاحقة حيازة مبتدأة . وهذا الاتصال ما بين الحيازتين السابقة واللاحقة يكون من شأنه جواز ضم مدة الحيازة السابقة إلى مدة الحيازة اللاحقة (accession de la possession) (jonction des possessions) ، لأن الاتصال يجعل الحيازة السابقة تستمر في الحيازة اللاحقة فيكون هناك استمرار للحيازة (continuation de la possession) . وعلى ذلك فحيازة المنقول ابتداء عن طريق الاستيلاء ، إذا لم يكن للمنقول مالك ، ليس فيه انتقال للحيازة ، لأن المنقول لم يكن في حيازة أحد قبل الاستيلاء عليه ، فلم تنتقل حيازته من شخص إلى آخر . واغصباب الحيازة من الحائز أو انتزاع الحيازة منه بالإكراه لا يعتبر انتقالا للحيازة ، لأن المنتصب أو منتزع الحيازة بالإكراه يبتدىء حيازة جديدة لا تتصل بالحيازة القديمة ، ولا تعتبر استمرارا لها ، ولا يجوز أن تضم إلى مدتها مدة الحيازة القديمة (١) . وحيازة غير الوارث لعين من أعيان التركة ، سواء كان الحائز

(١) بودري وتيسيه فقرة ٣٤٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٠ ص ٧٢٤ - نقض فرنسي ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٧ سيري ١٩٢٨ - ١ - ٤٧ . ولكن إذا اغتصب الحيازة من الحائز ، وبقى الاغصباب أكثر من سنة ، ثم استرد الحائز حيازته اختياراً أو بحكم قضائي ، فهل يستلزم هذا الحائز أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة المنتصب ؟ هناك رأي يذهب إلى أن الحائز الذي استرد حيازته بعد أكثر من سنة تنقطع حيازته لأن الاغصباب دام أكثر من سنة ، ثم هو لا يعتبر خلفاً للمنتصب حتى تقم مدة حيازة المنتصب إلى مدة حيازته (لوران ٣٢ فقرة ٣٦٥ - أوبري وروبو فقرة ١٨١ هامش ٨ - بفنوار ص ٢٨٦ وما بعدها - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٠ ص ٧٢٤ - نقض فرنسي ١٢ يناير سنة ١٨٢٢ دالوز ٣٢ - ١ - ٨٣) . وهناك رأي آخر ينهض ، على العكس من ذلك ، إلى أن الحائز يعتبر خلفاً للمنتصب في حيازته تختم مدة حيازة المنتصب إلى مدة حيازته ، وذلك لأن هناك رابطة قانونية بين حيازة المنتصب وحيازة الحائز اللاحقة ، إذ أن المنتصب نقل حيازته إلى الحائز إما اختياراً وإما جبراً بموجب الحكم . فإذا وضع شخص يده على عين مدة ثلاث سنوات ، ثم اغتصبته منه الحيازة وبقى الاغصباب مدة سنتين ، ثم استرد الحائز حيازته اختياراً أو قضاء وبقى حائزاً مدة خمس سنوات ، فإن مدة سنتي الاغصباب تقم إلى خمس السنوات الأخيرة لأن الحائز يعتبر خلفاً للمنتصب ، ولكن ثلاث السنوات السابقة على الاغصباب لا تحسب في مدة التقادم لأن التقادم قد انقطع بالاغصباب الذي دام أكثر من سنة . وهذا هو الرأي الذي نقضه ويقول به كثير من الفقهاء (هيك ١٤ فقرة ٣٧٠ - كولميدى سانتير ٨ فقرة ٣٤١ مكررة - ماركاديه على المادة ٢٢٣٥ رقم ٣ - حواشي فقرة ٥١٠ - بودري ، تيسيه فقرة ٣٦٣) .

سمىء النية أو حسن النية ، نعتبر هي أيضا حيازة مبتدئة لا تتصل بحيازة المورث ، ولا تعتبر استمرارا لها ، ولا تضم إلى مدتها مدة حيازة المورث .

أما انتقال الحيازة من حائز إلى آخر بالمعنى الذى أسلفناه فيتم بأحد طريقتين :
 (١) بالميراث ، فننتقل حيازة المورث إلى الوارث ، وهذا هو انتقال الحيازة إلى الخلف العام . (ب) بالاتفاق . فيتفق الحائز مع شخص آخر على أن ينقل له الحيازة ، كما إذا اتفق البائع مع المشتري على أن ينقل له حيازة الشيء المبيع أو اتفق الورثة مع الموصى له بعين معينة على أن يتقبلوا له حيازة هذه العين ، ويستوى في ذلك أن يكون الحائز السابق مالكا للحق الذى ينقل حيازته إلى الحائز اللاحق أو غير مالكا ، وهذا هو انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص (١) .
 ونستعرض كلا من الطريقتين :

١- انتقال الحيازة إلى خلف عام :

٢٩٩ - كيف تنتقل الحيازة إلى الخلف العام : ويراد بالخلف العام هنا الوارث والموصى له بجزء من مجموع التركة كالثالث أو الربع . وقد رأينا (٢) أن الفقرة الأولى من المادة ٩٥٥ مدنى تقول : « تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها . . . » . ويخلص من هذا النص أن الحيازة تنتقل من السلف إلى الخلف العام بحكم القانون ، فقد كان الميت هو الحائز في حال حياته فإذا مات انتقلت حيازته إلى خلفه العام دون حاجة إلى أن يتسلم الخلف المال تسليما قطليا . وهذا هو الحكم الذى تنص به طبيعة الأشياء ، ففي الفترة ما بين موت السلف وتسليم الخلف تسليما قديما ، لا بد أن يكون للمال حائز مادام المالك أو كغير سائبة . ومادامت ملكية المال تنتقل إلى الخلف العام بمجرد موت السلف . فالحيازة

(١) ويلاحظ أنه في حالة انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص توجد حيازتان مستقلتان إحداهما عن الأخرى ، حيازة السلف وتاليا حيازة الخلف وإن كانت حيازة غير مبتدئة بل حيازة متصلة بحيازة السلف ومكملة لها ، ويجوز للخلف أن يضم إلى حيازته حيازة السلف أو لا يضمها تبعا لمصلحته . أما في حالة انتقال الحيازة إلى الخلف العام فلا توجد حيازتان مستقلتان إحداهما عن الأخرى . بل لا توجد إلا حيازة واحدة بدلها السلف ، واستمر فيها الخلف (بودرى وتيبه فقرة ٣٤٦ ص ٢٦٨) .
 (٢) أنظر آتيا فقرة ٢٩٧ .

تتبع الملكية هنا ، وتنقل هي أيضا مع الملكية إلى الخلف العام بحكم القانون وبمجرد موت السلف (١) .

والمفروض في انتقال الحيازة إلى الخلف العام بحكم القانون أن هذه الحيازة لم تنقطع . فإذا استولى الغير على المال ، ولكن الوارث استرد الحيازة في خلال سنة من هذا الاستيلاء ، فإنه يعتبر حائزا بأثر رجعي من وقت موت السلف ، ولا يعتد بفترة الانقطاع التي لم تبلغ السنة . أما إذا بقيت حيازة الغير سنة دون أن يستردها الخلف العام ، فإن الحيازة تبقى عند هذا النير ويستطيع أن يلجأ في حايثها إلى دعاوى الحيازة . وإذا لم يستول أحد على المال ، فإن المال يعتبر في حيازة الخلف العام على الوجه الذي قدمناه ، ولو لم يتسلمه الخلف العام فعلا وبقي دون أن يتسلمه مدة سنة أو أكثر ، ما دام المال لم يستول عليه أحد غيره (٢) .

٣٠٠ - **بأية صفة تنتقل الحيازة إلى الخلف العام** : رأينا أن الحيازة تنتقل إلى الخلف العام بصفاتها . وأهم هذه الصفات هي أن تكون الحيازة عرضية أو حيازة أصيلة ، وأن تكون مشوبة بعيب من عيوب الحيازة أو غير مشوبة ، وأن تكون بحسن نية أو بسوء نية .

وقد قدمنا (٣) أن حيازة المورث إذا كانت حيازة عرضية تنتقل بهذه الصفة إلى الوارث ، فيبقى الوارث كما كان المورث حائزا عرضيا يحوز لحساب غيره . ولا تصبح حيازة الوارث حيازة أصيلة إلا إذا تغيرت صفتها العرضية بأحد الأمرين اللذين تغير بهما الصفة العرضية لحيازة الوارث : فعل يصدر

(١) ويفسر أوبري ورو انتقال الحيازة إلى الخلف العام قبل أن يتسلم المال فلا بأن الذي ينتقل ليست هي الحيازة في ذاتها ، لأن الحيازة واقعة مادية فلا يحصل عليها الخلف العام إلا إذا تسلم المال فعلا . وإنما الذي ينتقل إلى الخلف العام هي مزايا الحيازة ، وبخاصة دعاوى الحيازة وإمكان التملك بالتقادم ، باعتبار أن هذه المزايا هي من توابع الحق الذي انتقل إلى الخلف العام ومن شأنها أن تقوى هذا الحق وتنفذ عنه الاعتداء (أوبري ورو ٢ فقرة ١٨١ ص ١٣٥ وهامش ٢ - وأنظر بودري وتيسيه فقرة ٣٤٣ ص ٢٦٧ وفقرة ٣٤٦ ص ٢٦٨ وفقرة ٣٤٧ ص ٢٦٨) .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٣٤٧ ص ٢٧٠ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٢ .

من الغير ، أو فعل يصدر من الوارث يعارض بمحق المالك (١) .
وقد بطننا تفصيلا كلا من هذين الأمرين ، فنحيل هنا إلى ما سبق أن قلناه
هناك (٢) . وغنى عن البيان أن حيازة المورث إذا كانت حيازة أصيلة تنتقل
إلى الوارث حيازة أصيلة كذلك ، وبحوز الوارث ، كما كان يحوز المورث ،
لحساب نفسه . ولا تتغير هذه الصفة الأصيلة عند الوارث إلى صفة عرصة
إلا إذا أصبح الوارث يحوز لحساب غيره ، شأنه في ذلك شأن المورث .

كذلك إذا كانت الحيازة عند المورث مشوبة بعيب ، كأن كانت حيازة
خفية أو حيازة باكره أو حيازة غامضة ، فإنها تنتقل إلى الوارث مشوبة بهذا
العيب . ولابد ، حتى تنتج الحيازة آثارها عند الوارث ، أن يزول العيب الذي
هو مشوبة به ، كما كان يجب أن يزول هذا العيب في حياة المورث . فلا بد
من أن تصبح الحيازة ظاهرة إذا انتقلت حيازة خفية إلى الوارث ، أو ينقطع
الإكراه إذا انتقلت مشوبة بالإكراه ، أو يزول اللبس إذا انتقلت غامضة (٣) .

وإذا كان المورث حسن النية في حيازته وبقي حسن النية إلى أن مات ،
فإن الحيازة تنتقل إلى الوارث مقترنة بحسن النية . ويعتبر الوارث ، كما كان
يعتبر المورث ، حسن النية في حيازته ، إلى أن يثبت سوء نيته على الوجه الذي
قلناه في إثبات سوء نية الحائز (٤) . وكذلك يعتبر الوارث سيء النية ،
ولو كان يعتقد كمورثه أن للمورث حقا في الحيازة ، إذا أعلن الوارث في
صحيفة الدعوى بأن الحق الذي يحوزه ليس لمورثه وطولب برده إلى صاحبه .
فن وقت إعلان صحيفة الدعوى إلى الوارث يصبح هذا سيء النية ، كما كان
مورثه يعتبر سيء النية لو أنه هو الذي أعلن في حياته بصحيفة الدعوى (٥) .

(١) ولا يستطيع الوارث أن يتكلم بالتقدم ما بقيت حيازته عرصة ، فإذا انتقلت
إلى حيازة أصيلة على الوجه المتقدم الذكر أمكنه أن يتكلم بالتقدم (بودى وتيسيه فقرة ٢٤٩ -
بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٩ ص ٧٢٢) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٢ .

(٣) نقض مدني ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٦٦ ص ٨٦ - ٢١ مايو سنة
١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ١٠٧١ ص ١٩٢ - استئناف مصر ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة
٣١ ص ١٥٢٥ - بودى وتيسيه فقرة ٣٤٨ ص ٢٧١ وقرة ٢٤٩ - بلانيول وريبير
وبيكار ٣ فقرة ٧١٩ ص ٧٢٣ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٣ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٤ .

وإذا كان المورث قد اغتصب الحيازة بالإكراه من غيره ، فقد قدمنا (١) . أنه يعتبر سىء النية حتى لو كان يعتقد أن الحق الذى اغتصب حيازته هو حقه ، وتنقل الحيازة بهذه الصفة إلى الوارث ، فيعتبر سىء النية حتى لو كان يعتقد أن الحق الذى اغتصب بالإكراه هو حق مورثه وأنه لم يغتصبه بالإكراه . أما إذا كان المورث سىء النية في حيازته ، فإن الحيازة تنتقل إلى الوارث مقترنة بسوء النية ، ولا يفترض في الوارث أنه حسن النية . ويبقى الوارث معتبراً كمورثه سىء النية . إلى أن يثبت أنه هو حسن النية أى يعتقد أن مورثه كان على حق في حيازته . فعند ذلك يعتبر الوارث حسن النية منذ أن انتقلت إليه الحيازة من مورثه ، ويبقى حسن النية بكل ما يترتب على حسن النية من آثار (٢) إلى أن يزول حسن نيته . ويزول حسن نيته إذا أثبت صاحب الحق أن الوارث أصبح الآن يعلم أن مورثه لم يكن على حق في حيازته .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٩٤ .

(٢) ومن هذه الآثار أن يملك المأثر بالقبض (انظر حایل فقرة ٣٠١ - وانظر شفيق شحاته فقرة ٣١٣ - عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٠٤ - ٥٢٨ - إسحاق غانم ص ١٢٧ - ص ١٢٨ - حسن كيرة ص ١٣٢ - ص ١٣٣) . وانظر في تملك الوارث حسن النية المقار بالانقادم القصير إذا كان مورثه سىء النية محمد على عرفة ٢ فقرة ٨٤ ص ٨٤٧ - ص ١٤٨ ، وانظر أيضاً في هذه المسألة عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٩١ ص ٥٩٣ - ص ٥٩٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٨ ص ٤١٦) ويفترض أن المورث كان يستند في حيازته إلى سبب صحيح ولكنه كان يعلم أنه قد تلقى المقار من غير مالك أى أنه كان سىء النية ، فإذا كان الوارث حسن النية استطاع أن يستند إلى حسن نيته هو إلى السبب الصحيح الصادر لمصلحة مورثه لكي يتسك بالانقادم الحسى . ولكن يبدو أن حسن نية الوارث في الفرض السالف الذكر لا يعمد ، إذ يشترط توافر حسن النية وقت تلقى الحق وكان المورث وقت تلقى الحق سىء النية . ولذلك يجب افتراض أن الوارث قد أثبت إلى جانب حسن نيته أنه تلقى سبباً صحيحاً غير السبب الصحيح الذى تلقاه مورثه . وأنه كان وقت تلقيه إياه حسن النية . فستدفع يستطيع الوارث أن يتسك بالسبب الصحيح الذى تلقاه هو ونحن نثبت تملك المقار بنفس سنوات . ولا يجوز أن يسم إلى مدته مدة مورثه الذى كان سىء النية . وما ورد في المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى من «أنه إذا كان الوارث حسن النية والمورث سىء النية ، جاز للوارث التمسك بحسن نيته على أن يضم مدة حيازة مورثه » : مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٣ - فيه خطأ مطبعي ظاهر . والصحيح كما يدل سياق العبارة هو «على ألا يضم مدة حيازة مورثه » . فلفظ «على» يشعر بعدم ضم مدة حيازة المورث ، ولو أريد ضم هذه المدة نقيل «وله أن يضم مدة حيازة مورثه» .

١٠٣ - ضم مدة حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف العام :
ولما كانت حيازة الخلف العام استمرارا لحيازة السلف ، فالأصل أن تضم مدة حيازة المورث إلى مدة حيازة الوارث ما دام للوارث فائدة في هذا الضم .
فاذا كانت مدة حيازة السلف نصف سنة مثلا ، وانتقلت الحيازة إلى الوارث ، فيكفى أن يستمر هذا حائرا نصف سنة أخرى حتى يستطيع أن ينضع بدعوى منع الترخس . وهذه الدعوى يشترط فيها أن يكون الحائرا للعقار قد استمر حائرا له سنة كاملة (م ٩٦١ مدني) ، فيضم الوارث مدة حيازة مورثه إلى مدة حيازته هو فتكمل له مدة السنة التي يتطلبها القانون . وهذا هو الحكم أيضا في استكمال الوارث مدة حيازته إلى سنة كاملة بضم حيازة مورثه ، إذا أراد أن يرفع دعوى وقف الأعمال الجديدة (م ٩٦٢ مدني) . وإذا كان المورث قد انتزع الحيازة بالإكراه وانقطع الإكراه ، وبقي حائرا بعد انقطاع الإكراه مدة أقل من سنة ، فإن هذه المدة تضاف إلى مدة حيازة وارثه حتى يستكمل الوارث مدة السنة الواجبة حتى يستطيع أن يحمي حيازته بدعوى الحيازة .

وكذلك يستطيع الوارث أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة مورثه ، إذا أراد التملك بالتقادم المكسب . فاذا كان المورث سيء النية في حيازته ، وانتقلت الحيازة مقرنة بسوء النية إلى الوارث كما قدمنا ، فإن الوارث يستطيع أن يكسب ملكية العين بالتقادم الطويل إذا ضم مدة حيازة مورثه إلى مدة حيازته . ونفرض في ذلك أن المورث بقي حائرا عشر سنوات ، ثم انتقلت الحيازة إلى الوارث ، فيكفى أن يستمر الوارث حائرا خمس سنوات أخرى حتى يستكمل مدة التقادم الطويل وهي خمس عشرة سنة ، فيتملك العين بالتقادم . وإذا كان المورث قد حصل سببا صحيحا وكان حسن النية وقت حصوله عليه ، فإن الحيازة تنتقل إلى الوارث مقرنة بحسن النية وبالسبب الصحيح . فاذا كان المورث قد بقي حائرا للعقار مدة ثلاث سنوات مثلا ، ثم انتقلت الحيازة إلى الوارث ، فإنه يكفي أن يستمر الوارث حائرا للعقار سنتين أخريين حتى يستكمل مدة التقادم القصير وهي خمس سنوات ، فيتملك العقار

بالتقادم^{١١} وإذا كان المورث سىء النية وقت حصوله على السبب الصحيح .
فإن الحياة تنتقل إلى وارثه مقترنة بسوء النية . ولا يجدى الوارث بعد ذلك أن
يثبت حسن نيته هو . فإن العبارة بحسن النية وقت تلقى الحق ، أى بحسن نية
المورث وقت حصوله على السبب الصحيح . وعلى ذلك لا يستطيع الوارث
فى هذا الفرض أن يملك العقار إلا بالتقادم الطويل . وله أن يضم مدة حيازة
مورثه إلى مدة حيازته حتى يستكمل مدة التقادم الطويل وهى خمس عشرة
سنة^{١٢} . أما إذا كان المورث حسن النية ولكن ليس لديه سبب صحيح

وبقى حائزاً للعين مدة ثمانى سنوات مثلاً ، ثم انتقلت الحيازة للوارث . فإنها
تنتقل إليه مقترنة بحسن النية وبمجردة من السبب الصحيح كما كانت عند المورث .
ولا يستطيع الوارث فى هذا الفرض أن يملك العقار بالتقادم القصير لانعدام
السبب الصحيح . ولا يبقى له إلا التملك بالتقادم الطويل . سواء بقى حسن النية
أو ثبت سوء نيته بعد انتقال الحيازة إليه . وفى الحالتين يستطيع ضم مدة حيازة
مورثه المقترنة بحسن النية إلى مدة حيازته هو سواء بقيت مقترنة بحسن النية
أو أصبحت مقترنة بسوء النية ، فيتملك بالتقادم الطويل إذا بقى حائزاً سبع
سنوات أخرى إذ تضم إليها مدة حيازة مورثه وهى ثمانى سنوات .

وتقول العبارة الأخيرة من المادة ١/٩٥٥ مدق ، كما رأينا (٣) ،
ما يأتى : « على أنه إذا كان السلف سىء النية وأثبت الخلف أنه كان فى حيازته
حسن النية ، جاز له أن يتمسك بحسن نيته » . ويتحقق ذلك فى كسب الثمار
بالحيازة ، إذا اقترنت الحيازة بحسن النية . فإذا كان المورث سىء النية فى
حيازته ، وجب عليه أن يرد الثمار للمالك (م ٩٧٩ مدق) . فإذا انتقلت الحيازة

(١) ولو انقلب مورث سىء النية قبل أن يستكمل مدة التقادم القصير ، أو ثبت أنه
كان سىء النية وقت انتقال الحيازة إليه ، فإنه مع ذلك يملك العقار بالتقادم القصير . ذلك
بأن مورثه لو انتقل سىء النية لم يمنعه ذلك من تملك العقار بالتقادم القصير ، مادام أنه كان
حسن النية وقت تلقى الحق أى وقت صدور السبب الصحيح . وحيازة الوارث استمرار لحياز
المورث ، فيملك الوارث بالتقادم القصير كما كان يملك مورثه لو بقى حياً . أنظر فى هذا المعنى
بودرى ونيسيه فقره ٣٤٨ ص ٢٧٠ - بلانول وريير وبيكار ٣ فقره ٧١٩ .

(٢) بودرى ونيسيه فقره ٣٤٨ - بلانول وريير وبيكار ٣ فقره ٧١٩ ص ٢٢٣

(٣) أنظر آنفاً فقره ٢٩٧ .

إلى الوارث ، وأثبت هذا حسن نيته ، جاز له أن يتمسك بحسن نيته هذه ، فلا يرد الثمار التي قبضها إلى المالك ما دام حسن النية (م ٩٧٨ مدني) .

ب - انتقال الحيازة إلى خلف خاص .

٣٠٣ - كيف تنتقل الحيازة إلى الخلف الخاص : والمقصود هنا أن

تنتقل الحيازة في عين معينة بالذات من الحائز إلى شخص آخر ، وهذا بخلاف انتقال الحيازة إلى الخلف العام فالذي ينتقل إلى الخلف العام هو مجموع من المال أو جزء من هذا المجموع كالتركة أو جزء من التركة ، لا عين معينة بالذات . ويلحق بالخلف الخاص كل شخص يجب أن تنتقل إليه حيازة العين من الحائز بناء على التزام في ذمة الحائز بنقلها إليه ، وكل شخص ردت إليه حيازة العين على أثر فسخ التصرف أو إبطاله أو بطلانه أو نقضه أو إلغائه أو الرجوع فيه أو زواله بأي سبب آخر ، وبوجه عام كل شخص تربط حيازته اللاحقة بالحيازة السابقة رابطة قانونية (١) .

وتنتقل الحيازة من الحائز إلى الخلف الخاص (ومن في حكمه) بالاتفاق بينهما على نقلها من الحائز إلى الخلف الخاص اتفاقاً يعقبه التسليم . والتسليم قد يكون تسليماً فعلياً فيكون انتقال الحيازة انتقالاً مادياً ، أو تسليماً حكماً فيكون انتقال الحيازة انتقالاً معنوياً ، أو تسليماً عن طريق التمكين فيكون انتقال الحيازة انتقالاً رمزياً (٢) . وحيازة الخلف الخاص ، بخلاف حيازة الخلف العام ،

(١) ولما كان يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه كما سنرى (أنظر مابيل فقرة ٣٠٧) ، كذلك يجوز لمن هم في حكم الخلف الخاص أن يضموا إلى مدة حيازتهم اللاحقة مدة الحيازة السابقة ، وعلى ذلك يكون قرأى عليه المزداد أن يضم إلى حيازته مدة حيازة المدين المهجوز عليه ، والمتناغم أن يضم إلى مدة حيازته بعد القسمة مدة الحيازة المشتركة بينه وبين شركائه قبل القسمة ، والموصى له أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة الموصى ومدة حيازة الورثة في الفترة ما بين وفاة الموصى وبين تسليم العين الموصى بها إلى الموصى له ، ولحائز حق الانتفاع أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة المالك قبل أن يتجرد من حق الانتفاع ، والبايع أو الوهاب أن يضم إلى مدة حيازته بعد فسخ البيع أو الهبة أو بعد زوالهما بأي سبب من أسباب الزوال مدة حيازة المشتري أو الموهوب له قبل الفسخ أو قبل الزوال (أنظر في ذلك أوبري ورو ٢ فقرة ١٨١ ص ١٣٥ - ص ١٣٦ - بودري وتيسيه فقرة ٣٥٦ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٠ ص ٧٢٣) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « تنتقل الحيازة بالاتفاق ما بين السلف والخلف ، مصحوباً بانتقال السيطرة الفعلية على الشيء أو الحق إلى الخلف . وقد يكون انتقال الحيازة معنوياً فلا يتم تسليم مادي ، كما إذا استمر السلف حائزاً ولكن لحساب الخلف =

تستقل عن حيابة السلف في صفاتها . فلا تكون حيابة الخلف الخاص بالضرورة صفات حيابة السلف . وللخلف الخاص أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيابة سلفه ، وله ألا يضمها . تبعاً لمصلحته . فهذه حلة من المسائل نبجها فيما يلي .

٣٠٣ - إنتقال الحيابة إنتقالاً مادياً بالتسليم الفعلي : رأينا (١) أن المادة

٩٥٢ مدنى تنص على أن : تنتقل الحيابة من الحائز إلى غيره إذا انتقاع على ذلك ، وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيابة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيابة . ولو لم يكن هناك تسليم مادى للشيء موضوع هذا الحق ، وخير تطبيق لهذا النص هو انتقال حيابة المبيع من البائع إلى المشتري ، إذ أن المشتري يعتبر خلفاً خاصاً للبائع ، لا في انتقال الملكية فحسب بل أيضاً في انتقال الحيابة ، فالبايع ملزم بتسليم المبيع إلى المشتري أى بنقل حيازته إليه وقد نصت في هذا الخصوص الفقرة الأولى من المادة ٤٣٥ مدنى على أن « يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو لم يستول عليه إستيلاء مادياً . مادام البائع قد أعلمه بذلك . ومحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشيء المبيع » . وهذا هو التسليم الفعلي للمبيع . وينطوى كما نرى على عنصرين : (١) وضع المبيع تحت تصرف المشتري ، ويشترط لذلك أن يكون المشتري متمكناً من حيابة المبيع حيابة يستطيع معها أن ينتفع به الانتفاع المقصود من غير أن يحول حائل دون ذلك . ولكن لا يشترط أن يتسلم المشتري المبيع فعلاً ، فإدام متمكناً من هذا التسليم ، فإن البائع يكون قد نفذ التزامه بالتسليم (٢) . أن يحظر البائع المشتري بوضع

(مثل ذلك البائع يستأجر الشيء المبيع) ، أو استمر الخلف حائزاً ولكن لحساب نفسه (مثل ذلك المستأجر يشتري المبيع) . كما قد يكون انتقال الحيابة رمزياً ، كتسليم السندات المطاعة عن البضائع المنهودة بها إلى أمين الثقل أو المودعة في المخازن . ولكن إذا تعارض التسليم الحقيقى مع التسليم الرمزى . كان الأول هو المعتبر ، كما إذا سلم شخص شهادة البضاعة وتسلم آخر البضاعة نفسها ، فالحيابة في هذا الغرض عند الأخير (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الأموال التى تعلق ملكيتها عن مالكها بسند معتبر قانوناً تثبت الحيابة فيها ووضع اليد عليها لمطلقها بمجرد تسليمها بالحالة التى هى عليها . والتسليم يعتبر تاماً متى وضعت تحت تصرفه بحيث يمكنه الانتفاع بها بدون مانع ، ولو لم يتسلمها بالفعل . ومتى اكتسبت الحيابة واليد على هذا الوجه فانهما يقيان لز اكتسبهما حافظين خصائصهما مفيدتين أحكامهما . ومادام لم يترضه من يمكنهما عليه أويزيهما عنه ويسكت هو المدة التى تستوجب مجرورها يد المعارض حاية القانون (نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٥ رقم ١) .

المبيع تحت تصرفه ، ولا يوجد شكل معين لهذا الإخطار . فقد يكون بانذار
وسمى ، وقد يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، وقد يكون شفويا ولكن
يقع على البائع عبء إثبات أنه أخطر المشتري فعلا بوضع المبيع تحت تصرفه^(١) .
فاذا كان المبيع دارا يسكنها البائع ، وجب عليه أن يخليها وأن يسلم المشتري
مفاتيحها فيمكنه من حيازتها . وإذا كان أرضا زراعية ، وجب عليه أن يتركها
وأن يمكن المشتري من الاستيلاء عليها . وإذا كان متقولا ، فوضعه تحت تصرف
المشتري يكون عادة بمناولته إياه يدا بيد ، ويتيسر ذلك في المتقول في أكثر
الأحيان . وإذا كان محصولات لاتزال قائمة في الأرض أو ثمارا لاتزال فوق
الأشجار ، فيخلى البائع ما بينها وبين المشتري حتى يستولى هذا عليها . وتسليم
الشيء المعين بنوعه فقط يكون بافرازه في حضور المشتري ودعوته لتسلمه ،
ويقع الإفراز بالعد أو الكيل أو الوزن أو المقاس . وإذا كان المبيع حق ارتفاق
كحق المرور ، فانه يسلم للمشتري بالترخيص له في استعمال هذا الحق ، مع
تمكينه من ذلك بازالة ما قد يحول بينه وبين المرور . وقد يكون المبيع حقا
شخصيا لاحقا عينيا ، كما في حوالة الحق . وعندئذ يوضع الحق تحت تصرف
المحال له بتسليمه سند الحق لتمكينه من استعماله في مواجهة المحال عليه . وفي
الأسهم والكيالات والشيكات لحاملها يكون التسليم بالمناولة ، وفي السندات
والشيكات الإذنية يكون التسليم بالتظهير ، وفي السندات الاسمية لا يتم التسليم
إلا بعد القيد في دفاتر الشركة . ويتبين من ذلك أن طريقة التسليم تتكيف
بحسب طبيعة المبيع^(٢) .

(١) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٠٦ .

(٢) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٣٠٧ - على أنه يلاحظ في التسليم الفعل أنه كان ينبغي
أن ينتقل الشيء انتقالا ماديا من البائع إلى الخلف الخاص ، فلا يمكن تسليم الحائز لشيء بل
يجب أيضا تسليم الخلف الخاص له . ولكن نص المادة ٩٥٢ مدني سالف الذكر صريح في أن
انتقال الحيازة يتم ولو لم يكن هناك تسليم مادي لشيء . موضوع هذا الحق . وقد كان المشروع
التمهيدى خاليا من هذه العبارة ، فأضافتها لجنة المراجعة ، وأكبتها لجنة مجلس الشيوخ (أنظر
أنفاً فقرة ٢٩٧ في المامش) . وكان الأول ، بدلا من إضافة هذه العبارة ، أن تضاف عبارة
عكسية ، فيكون النص على الوجه الآتي : « تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره . وإذا اتفقا على
ذلك ، وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة ،
وسيطر عليها فعلا . فان العبارة في التسليم الفعل الحيازة أن تنتقل الحيازة انتقالا ماديا إلى الخلف

٣٠٤ - انتقال الحيازة انتقالاً معنوياً بالتسليم المحكمى : رأينا (١) أن

المادة ٩٥٣ تنص على أنه « يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة . أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه . » وهنا أيضاً نورد انتقال حيازة المبيع من البائع إلى المشتري تطبيقاً جاء في الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ مدني ، وتجري على الوجه الآتي : « ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع . أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته لسبب آخر غير الملكية . وهذا هو التسليم المحكمى للمبيع . فتنتقل حيازته بهذا التسليم المحكمى انتقالاً معنوياً من البائع إلى المشتري . ويتم التسليم كما نرى بمجرد تراضي المتعاقدين . ويتراضيان على أن المبيع قد تم تسليمه من البائع إلى المشتري . ويتميز التسليم المحكمى بذلك عن التسليم الفعلي بأنه مجرد اتفاق (convention) أو تصرف قانوني (acte juridique) غير مصحوب بعمل مادي . أما التسليم الفعلي فهو اتفاق مصحوب بعمل مادي .

وللتسليم المحكمى صورتان :

(الصورة الأولى) أن يكون المبيع في حيازة المشتري قبل البيع ، باجارة أو إعاره أو ودیعة أو رهن حيازة أو نحو ذلك ، ثم يقع البيع . فيكون المشتري

الخاص ، فلا يكتفى بمجرد التسليم بل يجب أن يقرن به التسليم . وهناك فرق بين تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المبيع وبين نقله حيازته . فو نقل الحيازة يجب أن يستول الخلف الخاص على الشيء استيلاء مادياً ولا يجب ذلك في تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المبيع . وقد سبق أن قلنا في هذا الصدد : « يجب التمييز بين تسليم المبيع وبين انتقال حيازته . فقد يعتبر المشتري متسلماً للمبيع دون أن تكون له حيازته ، وذلك إذا وضع تحت تصرفه دون أن يستول عليه مادياً . وفي هذه الحالة يعتبر المشتري متوفياً لالتزام التسليم ، ولكنه لا يعتبر حائزاً للمبيع . فلا يستطيع أن يبدأ التقادم . إذا كان قد اشترى من غير مالك ، ولم يستول بعد على المبيع . فإذا كان المبيع منقولاً وكان المشتري حسن النية وقد اشترى من غير مالك ، فإنه لا يستطيع التمسك بالحيازة لملك المنقول ما دام لم يستول عليه استيلاء مادياً . وإذا باع شخص منقولاً من شخصين متعاقبين ، وأصله لكل منهما إذناً في تسلمه من الأخير الذي يوجد فيه ، وسبق المشتري الثاني المشتري الأول إلى الاستيلاء الفعلي على المنقول ، فإنه يستطيع التمسك بالحيازة لملك المبيع ، ولا يستطيع المشتري الأول أن يحتج عليه بأنه تسلم المنقول أولاً بموجب إذن التسليم (أوبري و د فقرة ٣٥٤ ص ٤٩ - بودري وسينيا فقرة ٢٩٨ - بلانويول وريبير ومامل ٩ ص ٧٥ هامش ٢) » (لوسيط ٤ فقرة ٣٠٦ ص ٨٩٩ هامش ٣) .

(١) أنظر أيضاً فقرة ٢٩٧ .

حائراً فعلاً للمبيع وقت صلور البيع . ولا يحتاج إلى إستيلاء مادی جديد ليتم التسليم ولتنتقل الحيازة . وإنما يحتاج إلى اتفاق مع البائع على أن يبقى المبيع في حيازته . ولكن لا كستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو دائن مرتين رهن حيازة . بل كمالك له عن طريق الشراء . فتغير نية المشتري في حيازته للمبيع وتغير صفة حيازته بعمل يصدر من الغير وهو البائع (intersion du titre) وإن كانت الحيازة المادية تبقى كما كانت . ويسمى هذا التسليم بالتسليم المختصر (traditio brevi manu)

(الصورة الثانية) أن يبقى المبيع في حيازة البائع بعد البيع . ولكن لا كمالك فقد تجرد عن الملكية بعقد البيع ، بل كستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتين رهن حيازة أو غير ذلك من التصرفات التي تتم بين المشتري والبائع بعد البيع وتستلزم نقل حيازة الشيء من المشتري إلى البائع . فبدلاً من أن يرسل البائع المبيع للمشتري بموجب عقد البيع ، ثم يعود إلى تسلمه من المشتري بموجب عقد الإيجار أو أى عقد آخر ، يبقى المبيع في يد البائع بعد أن يتفق الطرفان على أن هذا يعد تسليماً من البائع للمشتري ثم إعادة الحيازة من المشتري للبائع بموجب العقد الجديد الذى أعقب عقد البيع . ويسمى هذا الاتفاق (corstitutio rossessoire) . وتغير صفة حيازة البائع في هذه الصورة ، إذ كانت حيازة أصيلة قبل البيع فأصبحت حيازة عرضية بعد البيع بموجب هذا العقد الجديد . ويصح أن يكون هذا العقد الجديد عقد بيع ثان أو عقد هبة ، فيبيع المشتري الشيء للبائع بعد أن اشتراه منه أو يهبه إياه ، ومن ثم يبقى الشيء في حيازة البائع كمالك له ، ولكن بعقد بيع جديد أو بعقد هبة لا على حكم المالك الأصلي (١) .

(١) أنظر في ذلك الوسيط ٤ مقرة ٣٠٨ من ٥٩٣ - ص ٥٩٤ - وهناك صورة ثالثة لتسليم المحكى يمكن الأخذ بها في مصر دون نص ، لأنها تتفق مع القواعد العامة ، وقد قررنا في هذا الخصوص : « وقد أورد التقنين المذلل لمرافق صورة ثالثة لتسليم المحكى يمكن الأخذ بها دون نص لأنها تتفق مع القواعد العامة ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٥٤٠ من هذا التقنين على ما يأتي : « وإذا أجره (المشتري) قبل قبضه لغير البائع أو باعه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض ، وقبضه للعقد ، قام هذا القبض مقام قبض المشتري » . وتتميز هذه الصورة عن صورتى التسليم المحكى المتقدمتين بأن فيها انتقالاً مادياً لحيازة المبيع . كما تتميز -

٣٠٥ - انتقال، الحيازة إنتقالاً رمزياً عن طريق التفكيك : رأينا (١)

أن المادة ٩٥٤ مدنى تنص على أن ١٥ - تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها . ٢ - على أنه إذا تسلّم شخص هذه المستندات وتسلّم آخر البضاعة ذاتها . وكان كلاهما حسن النية ، فإن الأفضلية تكون لمن تسلّم البضاعة . . ونورد هنا تطبيقاً لهذا النص أيضاً في انتقال حيازة المبيع من البائع إلى المشتري .

نفترض أن شخصاً اشترى من آخر بضائع ، كان البائع قد عهد بها إلى أمين النقل أو أودعها بالمخازن . ويتسلم صاحب البضائع عادة سندات عن البضائع ، يأخذها من أمين النقل أو من المخازن التي أودعت بها البضائع ، ليسحب بموجبها بضاعة . ففي انتقال حيازة هذه البضائع انتقالاً مادياً من البائع إلى المشتري ، يجب أولاً أن يسحب البائع البضائع من أمين النقل أو من المخازن بموجب السندات التي تسلّمها ، ثم يسلم هذه البضائع بعد سحبها تسليمياً فعلياً إلى المشتري . أما في انتقال الحيازة إنتقالاً رمزياً . وهو الفرض الذى نحن بصددده . فبدلاً من أن يسحب البائع البضائع ثم يسلمها للمشتري . يمكنه بتسليم المشتري سندات البضائع ، فيستطيع هذا الأخير أن يقوم بسحبها بنفسه بموجب هذه السندات من أمين النقل أو من المخازن . ولكن مجرد تسلّم المشتري لسندات البضائع من البائع يعد انتقالاً لحيازة البضائع إليه ، إذ أن هذه السندات متى صارت في يده أصبح صاحب الحق في سحب البضائع . ومن ثم يعتبر تسلّم المشتري لسندات البضائع انتقالاً لحيازة البضائع إليه ، لأن البضائع أصبحت تحت تصرفه في يد أمين النقل أو في المخازن . وانتقال الحيازة هذا ليس إنتقالاً فعلياً بل هو انتقال رمزى ، لأن المشتري لم يتسلم البضائع تسلماً فعلياً بمجرد

= من التسليم الفعل بأن الحيازة لا تنتقل مادياً إلى المشتري نفسه ، بل إلى شخص آخر يعد نائباً عنه في تسلّم المبيع ، هو شخص تعاقد مع المشتري واستلزم التعاقد أن يقبض المبيع هو أيضاً ، كتأجير من المشتري أو مستير أو مودع هذه أو مرتين رهن حيازة أو مشتر أو موهوب له . فيعد قبض هذا الشخص الآخر قبضاً فعلياً بالنسبة إلى العقد الذى أبرمه مع المشتري ، وقبضاً حكماً بالنسبة إلى عقد البيع ، ويقوم القبض الأول مقام القبض الثانى (الوسيط) : فقرة ٣٠٨ ص ٥٩٤ - ص ٥٩٥) .

(١) أنظر أيضاً فقرة ٢٩٧ .

تسلمه للسندات ، بل تسلمها تسليماً رمزياً ، وعليه بعد ذلك أن يتسلمها تسليماً فعلياً بسحبها من تحت يد أمين النقل أو من المخازن بموجب السندات التي تسلمها .

والثلاث اللذان ذكرناهما - تسلم سندات البضائع المعهود بها إلى أمين النقل وتسلم سندات البضائع المودعة في المخازن - لم يذكر في المادة ٩٥٤ مدني على سبيل الحصر بل على سبيل المثال (١) . ومن الأمثلة الأخرى ، في نقل حيازة المنقول ، تسليم البائع للمشتري مفاتيح منزل أو مخزن أو صندوق أو أى مكان آخر . يحتوي هذا المنقول . وقد قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأن حيازة مفتاح الخزانة هي حيازة رمزية لمنقول غير حاصل فعلاً في اليد ، وليست بذاتها دليلاً قاطعاً على حيازة مالهو في الخزانة . وكون الشيء حاصلًا فعلاً في حوزة من يدعى حيازته أو غير حاصل فيها هو من الواقع الذي يحصله قاضي الموضوع في كل دعوى بما يتوافر فيها من دلائل . وإذا كان القانون (المدني السابق) قد نص في باب البيع على أن تسليم المنقولات المبيعة يصح أن يتم بتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها ، فإن هذا النص لا يعني أن كل من يحمل مفتاحاً لخزانة يكون ولا بد حائزاً فعلاً لمحتوياتها . لأن حمل المفتاح لا يلزم عنه حتماً أن حامله مسلط على الخزانة . فحيث تدل الظروف على أن حامل مفتاح الخزانة كان متسلطاً فعلاً على ما فيها جاز اعتباره حائزاً ، وإلا فلا . وما يراه قاضي الموضوع في هذا الشأن هو رأى في مسألة واقعية يستقل هو بتقديرها ، ولا يخضع قضاؤه فيها لرقابة محكمة النقض (٢) .

وإذا تعارض انتقال الحيازة المادية مع انتقال الحيازة الرمزية ، كانت الأفضلية لانتقال الحيازة المادية ، لأنه أكثر واقعية من انتقال الحيازة الرمزية ، ولأن من حصل على الحيازة المادية جدير به أن يكون أكثر اطمئناناً من لم يحصل

(١) وعندما نظر مشروع المادة ٩٥٤ مدني أمام لجنة مجلس الشيوخ ، قام اعتراض على أن النص لم يورد لإحالتين من حالات التسليم ، فأجيب على هذا الاعتراض بأن هاتين الحالتين لم يردا على سبيل الحصر ، وإنما هما المثالان الغالبان في العمل (أنظر آنفاً ص ٨٧٤ هامش ١) .

(٢) نقض مدني ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٧ ص ٣٢٧ - وانظر الوسيط ٤ فقرة ٣٠٧ ص ٥٩١ - ص ٥٩٢ و ص ٥٩٢ هامش ١ .

إلا على حيازة رمزية . فإذا باع صاحب البضائع بضائعه . وهى فى يد أمين النقل . لشخصين متعاقبين ، فإن ملكية البضائع تنتقل للمشتري الأول بموجب عقد البيع الصادر له . فإذا مات سلم هذا المشتري الأول البضائع تسليماً رمزياً بتسلمه سندات البضائع . ولم يتسلم المشتري الثانى البضائع أصلاً ، بقيت ملكية البضائع عند المشتري الأول . فهو صاحب البيع الأول وهو الذى تسلم البضائع . ولكن إذا تسلم المشتري الثانى البضائع ذاتها تسليماً فعلياً من أمين النقل . ولوبعد أن تسلم المشتري الأول سندات هذه البضائع . كان المشتري الثانى هو صاحب الحيازة المادية والمشتري الأول هو صاحب الحيازة الرمزية . وتعارضت الحيازتان . وعند تعارضهما تفضل الحيازة المادية كما قدمنا . فيعتبر المشتري الثانى صاحب الحيازة المادية هو الحائز للبضائع دون المشتري الأول صاحب الحيازة الرمزية . ومن ثم يكون البائع قد باع البضائع مرتين ، وسلمها تسليماً فعلياً للمشتري الثانى دون المشتري الأول . فتنتقل ملكية البضائع إلى المشتري الثانى . لا بموجب عقد البيع الثانى الصادر له فقد سبق هذا البيع الثانى بيع أول نقل الملكية إلى المشتري الأول ، بل بموجب الحيازة المادية التى انتقلت إلى المشتري الثانى كما قدمنا . فتنتقل هذه الحيازة المادية وحدها إليه ملكية البضائع ما دام حسن النية ، طبقاً للقاعدة التى تفضى بأن الحيازة فى المقول سند الملكية . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٩٥٤ مدنى . كما رأينا (١) ، تأكيداً لذلك : « على أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها ، وكان كلاهما حسن النية ، فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة » .

٣٠٦ - صفات الحيازة بعد انتقالها إلى الخلف الخاص : رأينا (٢) أن الحيازة تنتقل إلى الخلف العام بالصفات التى كانت عليها عند السلف ، فتكون كما كانت عند السلف حيازة عرضية أو حيازة أصلية ، مشوبة بعيب أو غير مشوبة . مقترنة بحسن النية أو بسوء النية . ذلك بأن الحيازة عند ما تنتقل إلى الخلف العام ليست إلا استمراراً لحيازة السلف . فكما كانت عند السلف تكون عند الخلف العام . أما الحيازة عند ما تنتقل إلى الخلف الخاص ، فإنها

(١) انظر آتياً فقرة ٢٩٧ .

(٢) انظر آتياً فقرة ٣٠٠ .

تكون حيازة جديدة مستقلة عن حيازة السلف ، تتميز بصفاتها الخاصة التي قد تغاير الصفات التي كانت عليها عند السلف . ويترتب على أن حيازة الخلف الخاص حيازة جديدة . وليست مجرد استمرار لحيازة السلف ، أن فكون هناك حيازتان ، حيازة السلف وحيازة الخلف الخاص . وقد تختلفان في الصفات . وقد تضم مدة إحداهما إلى مدة الأخرى وقد لا تضم بحسب مصلحة الخلف الخاص .

فحيازة الخلف الخاص إذن قد تخالف في صفاتها حيازة السلف ، وذلك من وجوه عدة :

فقد تكون حيازة السلف حيازة عرضية ، وتكون حيازة الخلف الخاص مع ذلك حيازة أصلية . مثل ذلك أن يكون السلف مستأجرا للعين أو مستعيرا لها أو مودعة عنده ، فتكون حيازته حيازة عرضية لأنه يحوز لحساب المؤجر أو المغير أو المودع . ثم يبيع العين ، وسواء كان المشتري حسن النية أو سيء النية فإنه كمشتر يحوز العين كمالك ، أى يحوزها لحساب نفسه . فتكون حيازته وهو خلف خاص حيازة أصلية ، في حين أن حيازة السلف حيازة عرضية ^(١) . وعلى العكس من ذلك قد تكون حيازة السلف حيازة أصلية ، وتكون حيازة الخلف الخاص مع ذلك حيازة عرضية . مثل ذلك أن يؤجر المالك العين أو يعيرها أو يودعها أو يرهنها رهن حيازة ، فتكون حيازة المستأجر أو المستعير أو المودع عنده أو المرتهن رهن حيازة ، بالنسبة إلى حق الملكية ، حيازة

(١) استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٦٧ - ولو أن السلف امتنع الحيازة وأراد تحويلها من حيازة عرضية إلى حيازة أصلية ، لوجب في هذا التحويل أن يصدر فعل من الغير أو يصدر منه هو فعل يمارض به حق المالك (intervention du titre) . أما هذا فلنا في حاجة إلى ذلك ، لأننا لنا في صدد تغيير صفة الحيازة عند الحائز العرضي نفسه ، بل في صدد انتقال الحيازة من حائز عرضي إلى حائز أصل ، فتغيرت صفة الحيازة لا عند الحائز العرضي ، بل عند خلفه الخاص فأصبح هذا حائزاً أصيلاً . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن الحائز العرضي كالدائن المرتهن ، وإن كان لا يستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير أو بفعل معارضة ظاهرة لحق المالك ، إلا أن هذه القاعدة لا تسرى في حق خلفه الخاص كالمشتري من الدائن المرتهن ، لأنه في هذه الحالة إنما يبدأ حيازة جديدة تختلف عن الحيازة العرضية التي كانت للبائع له (نقص مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٣٨) .

عرضية لأنه يجوز لحساب المالك . أما حيازة المالك ، وهو السلف في الحيازة ، فحيازة أصيلة تغاير في هذه الصفة حيازة الخلف الخاص وقد رأينا أنها حيازة عرضية .

وقد تكون حيازة السلف مشوبة بعيب ، كأن تكون خفية أو غامضة أو يشوبها الإكراه . فإذا إنتقلت إلى الخلف الخاص ، فليس من الضروري أن يشوبها عند انتقالها هذا العيب . فقد تكون حيازة الخلف الخاص عند انتقالها إليه ظاهرة بعد أن كانت خفية عند السلف ، أو واضحة لا لبس فيها بعد أن كانت غامضة ، أو هادئة بعد أن كان يشوبها الإكراه . وعلى العكس من ذلك قد تكون حيازة السلف غير مشوبة بعيب ، ثم يشوب حيازة الخلف الخاص عيب الإكراه أو عيب القموض أو عيب الخفاء أو عيب عدم الاستمرار .

وقد تكون حيازة السلف مقترنة بسوء النية ، ومع ذلك يكون الخلف الخاص حسن النية في حيازته . وإذا انتقلت الحيازة إلى الخلف الخاص ، فسواء كان السلف حسن النية أو سيء النية . فانه يجب الرجوع إلى الأصل وافترض حسن النية في الخلف الخاص إلى أن يثبت العكس . وقد قررنا غير ذلك في الخلف العام . وقلنا إنه إذا كان المورث سيء النية فان الحيازة تنتقل إلى الوارث مقترنة بسوء النية ، ولا يفترض في الوارث أنه حسن النية إلى أن يثبت حسن نيته . لأن حيازة الوارث ليست إلا استمرارا لحيازة المورث (١) . وإذا افترض في الخلف الخاص حسن النية كما سبق القول ، فان هذا الافتراض يبقى (٢) إلى أن يثبت صاحب الحق سوء نية الخلف الخاص . وفي جميع الأحوال يعتبر الخلف الخاص سيء النية ، ولو كان يعتقد أنه تلقى الحق من صاحبه ، إذا أعلنه صاحب الحق الحقيقي في صحيفة الدعوى بأن الحق الذي يحوزه قد تلقاه من غير صاحبه . فن وقت إعلان صحيفة الدعوى إلى الخلف الخاص

(١) أنظر آنفا ص ٨٨٠ .

(٢) فإذا كان السد الذي تلقى به الخلف الخاص الحيازة من السلف سيئا صحيحا ناقلا للملكية كالبيع والمبة فإذا كانت العين عقارا أمكن أن يملكها الحائز بالتقادم القصير إذ يفترض فيه حسن النية كما قد مضى ، وإذا كانت العين منقولا تملكها في الحال بمجرد الحيازة طبقا للقاعدة التي تنص بأن الحيازة في المنقول سد للملكية

يصبح هذا سىء النية على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم (١) . وإذا كان السلف قد اغتصب الحيابة بالإكراه فأصبح بذلك سىء النية ، فان هذا لا يمنع من أن الحيابة إذا انتقلت إلى الخلف الخاص يفترض فى هذا الأخير أنه حسن النية ، لأن حيابة الخلف الخاص مستقلة عن حيابة السلف وليست استمرارا لها كما سبق القول . وقد يكون السلف حسن النية ، وتنتقل الحيابة إلى خلف خاص ، فيفترض فى الخلف الخاص أنه حسن النية إلى أن يثبت صاحب الحق أنه سىء النية . وليس ذلك راجعا إلى أن حيابة السلف المقررة بحسن النية قد انتقلت على هذه الصفة إلى الخلف الخاص ، بل إن هذا رجع إلى أن حسن نية يفترض فى الحائر ، ولما كان حيابة الخلف الخاص حيابة جديدة مبتدأة فانه يفترض فيها حسن النية ، شأنها فى ذلك شأن أية حيابة أخرى .

٣٠٧ - ضم عدة حيابة السلف إلى حيابة الخلف الخاص : وقد رأينا (٢)

أن الفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ مدنى تنص على ما يأتى : « يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيابته حيابة سلفه فى كل ما يترتب القانون على الحيابة من أثر » . فبالرغم من أن حيابة الخلف الخاص حيابة جديدة مستقلة عن حيابة السلف وليست استمرارا لها كما تقدم القول ، إلا أن الخلف الخاص بالخيار بين أن يضم إلى حيابته حيابة سلفه أو أن يفصل ما بين الحيابتين ويتمسك باحدهما دون الأخرى ، وذلك تبعا لما يرى له من المصلحة فى ذلك (٣) .

فللخلف الخاص أن يضم إلى حيابته حيابة سلفه ، إذا كانت له مصلحة فى ذلك ، للتملك بالتقادم (٤) ، فقد نقل له سلفه كل حقوقه على العين

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧ .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٣٥٠ .

(٤) كذلك للخلف الخاص أن يضم إلى عدة حيابته سلفه عدة حيابته فى حساب السة التى يجب أن تنق فيها الحيابة لإمكان رفع دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة (أوبرى درو ٢ فقرة ١٨١ ص ١٣٦ ماس ٤ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٢ - بلانيون وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٢ ص ٢١٠) .

ومنها مزايا حيازته السابقة من ناحية التقادم (causam usucapiendi) (١) فإذا كان السلف سىء النية وبقي حائزاً للعين مدة ثمانى سنوات مثلاً ، ثم انتقلت حيازة العين إلى خلف خاص هو أيضاً سىء النية ، فللخلف الخاص أن يملك العين بالتقادم الطويل إذا هو بقي حائزاً للعين سبع سنوات أخرى (٢) . وإذا كان السلف غير مالك للعقار ولكنه حسن النية ولديه سبب صحيح ، وبقي حائزاً للعقار مدة ثلاث سنوات مثلاً ، ثم نقل الحيازة بسبب صحيح ناقل للملكية إلى خلف خاص هو أيضاً حسن النية ، فللخلف الخاص أن يملك العقار بالتقادم القصير إذا هو بقي حائزاً له مدة سنتين أخريين . ولكن يشترط فى ذلك أن تكون كل من الحيازتين ، حيازة السلف وحيازة الخلف الخاص مستوفية لشروط التملك بالتقادم القصير ، فيجب أن تكون كل منهما مقرنة بحسن النية وبالسبب الصحيح (٣) . وإذا كان السلف سىء النية . وبقي حائزاً للعين مدة اثنتى عشرة سنة مثلاً . ثم نقل الحيازة بسبب صحيح ناقل للملكية إلى خلف خاص حسن النية . فسرى أن هذا الخلف الخاص يستطيع أن يستقل بحيازته . وهى مقرنة بحسن النية وبالسبب الصحيح فيمتلك بالتقادم القصير إذا بقي حائزاً للعقار مدة خمس سنوات . ولكنه فى الفرض المتقدم يفضل أن يضم حيازة سلفه سىء النية إلى حيازته هو ولو أنه حسن النية . فيمتلك بالتقادم الطويل بدلاً من التقادم القصير . ذلك أنه فى حالة ما إذا ضم مدة حيازة سلفه وهى اثنا عشرة سنة ، لا يحتاج إلا إلى حيازة تدوم ثلاث سنوات أخرى

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٣٥٠ ص ٢٧٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن كل ما اشترطه القانون لكسب الملكية بوضع اليد هو ثبوت قيامه مستوفياً لشرائطه مدة خمسة عشر عاماً ، يستوى أن تكون كلها فى وضع يد مدعى الملكية أو فى وضع يد سلفه أو بالاشتراك بينهما بحيث لا يقل مجموع مدتهما عن خمسة عشر عاماً بغير حاجة لبيان مدة وضع يد كل واحد منهما وبغير حاجة إلى النظر فى مستندات ملكيتهما . ولاهم لذلك أن تكون عقود الملكية مسجلة أو غير مسجلة ، رسمية أو غير رسمية ، كما لاهم أن تقدم تلك العقود إلى المحكمة أو ألا تقدم لسبب أو لآخر (نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٢ ص ١٤٨٧) .

(٣) ديرانتون ٢١ فقرة ٢٤١ - أوبرى درو ٢ فقرة ١٨١ هامش ١١ و فقرة ٢٤٨ هامش ٢٧ - بفتوار ص ٢٨٢ و ص ٢٤٢ - جيوار فقرة ٥٨٢ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٥٠ ص ٢٧٢ .

يستكمل بها مدة التقادم الطويل . أما في حالة ما إذا أراد التملك بالتقادم القصير ، فإنه لا يستطيع أن يضم مدة حيازة سلفة سى' النية إلى مدة جيازته وهو حسن النية . فلا بد إذن من إسقاط مدة حيازة سلفة والتحويل على جيازته وحدها ، فيحتاج إلى حيازة تلوم خمس سنوات بدلا من ثلاث سنوات ، للتملك بالتقادم القصير . وإذا فرضنا العكس وكان السلف حسن النية ولديه سبب صحيح ، ولكنه لم يحز العقار إلا مدة ثلاث سنوات فقط ، ثم نقل جيازته إلى خلف خاص سى' النية يعلم أن العقار ليس مملوكا لسلفه ، فإن الخلف الخاص لا يستطيع أن يملك العقار بالتقادم القصير لأنه سى' النية . ولكنه يستطيع أن يملك العقار بالتقادم الطويل ، فإذا هو حازه مدة اثنتى عشرة سنة ، استطاع أن يضم إليها مدة حيازة سلفه حسن النية وهى ثلاث سنوات ، فيستكمل بها مدة التقادم الطويل (١) .

وللخلف الخاص أن يفصل ما بين حيازة سلفه وجيازته هو ، ويتمسك باحدهما دون الأخرى ، وذلك تبعا لمصلحته . فقد تكون له مصلحة في أن يتمسك بحيازة سلفه وحدها ، ويسقط جيازته هو من الحساب . ويتحقق ذلك فيما إذا كان السلف حسن النية ولديه سبب صحيح ، وكان الخلف سى' النية . فإذا كانت مدة حيازة السلف المقرنة بحسن النية بلغت خمس سنوات ، وبلغت مدة حيازة الخلف الخاص المقرنة بسوء النية مدة خمس سنوات أخرى ، فإن من مصلحة الخلف الخاص أن يتمسك بحيازة سلفه وحدها وأن يسقط جيازته هو . وذلك لأن حيازة سلفه بلغت خمس سنوات وهى مقرنة بحسن النية والسبب الصحيح ، وهذا كاف لتمكن العقار بالتقادم القصير . فلا يكون الخلف الخاص في حاجة إلى التمسك إلا بحيازة السلف هذه ، فتخلص له ملكية العقار نقلا عن سلفه كما خلصت له جيازته . أما إذا أراد أن يتمسك بمدة جيازته المقرنة بسوء النية ، فهو لا يستطيع أن يملك إلا بالتقادم الطويل ، ولو ضم مدة حيازة سلفه وهى خمس سنوات إلى مدة جيازته وهى خمس سنوات أخرى ، لنقصه خمس سنوات ثالثة حتى يكمل المدة خمس عشرة سنة وهى مدة التقادم الطويل . ونرى من ذلك أن من مصلحة الخلف الخاص في هذا المثل ألا يتمسك

بجيازته هو ، وأن يقتصر على التمسك بجائزة سلفه وحدها (١) ، وقد تكون له مصلحة على العكس من ذلك في أن يتمسك بجيازته هو وحدها ، وأن يسقط جيازة سلفه . ويتحقق ذلك فيما إذا كان السلف سى^١ النية ، وحاز العقار لمدة ثلاث سنوات ، ثم نقل جيازته بسبب صحيح إلى خلف خاص حسن النية بقى حائزاً له مدة خمس سنوات . فهنا يستطيع الخلف الخاص أن يملك العقار بالتقادم القصير ، إذ أنه قد حازه خمس سنوات ولديه السبب الصحيح وحسن النية . ولا يحتاج في ذلك إلا إلى التمسك بجيازته هو دون جيازة سلفه . أما إذا أراد ضم جيازة سلفه سى^١ النية ، فلا يستطيع أن يملك إلا بالتقادم الطويل . ولما كانت مدة جيازة - انه ثلاث سنوات ومدة جيازته هو خمس سنوات ، فإنه بذلك ينقصه سبع سنوات أخرى حتى يكمل المدة خمس عشرة سنة وهي مدة التقادم الطويل . ونرى من ذلك أن مصلحة الخلف الخاص في هذا المثل ، بخلاف المثل السابق ، هي في أن يتمسك بجيازته هو وحدها وأن يسقط جيازة سلفه . ولو أن السلف سى^١ النية كانت مدة جيازته اثنتى عشرة سنة ، بدلا من ثلاث ، وكانت مدة جيازة الخلف الخاص ثلاث سنوات أخرى ، بدلا من خمس ، لكان من مصلحة الخلف الخاص أن يتمسك بجيازة السلف سى^١ النية فيضمها إلى مدة جيازته ، ويستكمل بها خمس عشرة سنة ، ويتمسك بالتقادم الطويل ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٢) .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٣٥٣ .

(٢) أنظر آتفاً ص ٨٩٤ - ص ٨٩٥ - وانظر بودرى وتيسيه فقرة ٣٥٣ ص ٢٧٤ - ولقد مرست المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى لما قلناه ، وأوجزته في العبارات الآتية : هو قد يكون من تنتقل إليه الجائزة خلفاً خاصاً ، كشر من الحائز تنتقل إليه جيازة المبيع ، والمشتري في هذه الحالة أن يضم إلى مدة جيازته مدة جيازة البائع . فإن كان حسن النية سماً أو سى^١ النية سماً . كان ضم المدد على أساس أن الجائزة بحسن نية أو بسوء نية على حسب الأحوال . وإن كان البائع سى^١ النية والمشتري حسن النية ، فالضم يجوز على أسوأ الفرضين أى على أساس سوء النية ، كما إذا كان البائع قد حاز مدة اثنتى عشرة سنة والمشتري مدة ثلاث سنوات . فلا يستطيع المشتري التمسك بالتقادم القصير ، إذ لا يجوز له أن يكمل المدة التي حاز فيها بحسن نية إلى خمس سنوات . ولكن يستطيع التمسك بالتقادم الطويل ، إذ يجوز له أن يعتبر جيازته كما لو كانت جيازة بسوء نية ، فيكمل مدتها إلى خمس عشرة سنة بضم مدة سلفه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٣) .

§ ٢- زوال الحيازة

(Perte de la possession)

٣٠٨- نصوص قانونية : تنص المادة ٩٥٦ مدني على ما يأتي :

تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق ، أو فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى .

وتنص المادة ٩٥٧ مدني على ما يأتي :

١ - لا تنقضي الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقفي .

٢ - ولكن الحيازة تنقضي إذا استمر هذا المانع سنة كاملة ، وكان ناشئا من حيازة جديدة وقت رغم إرادة الحائز أو دون علمه . وتحسب السنة ابتداء من الوقت الذي بدأت فيه الحيازة الجديدة إذا بدأت علنا ، أو من وقت علم الحائز الأول بها إذا بدأت خفية (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩١٥ - ٩١٦ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٦٠ - ٩٦١ - وفي التقنين المدني الوافي لا مقابل - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

٩٥٦ م : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « وإذا فقد الحائز الشيء دون أن يحوزه شخص آخر ، كان له أن يستبقى الحيازة بمحض نيته مادام لم يفقد الأمل في العثور على المفقود » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٣١ في المشروع الهائى ، بعد حذف الفقرة الثانية « لأنها تطبق للقواعد العامة » . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٢٨ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٤ - ص ٤٦٥) .

٩٥٧ م : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا فروقا لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٢ في المشروع الهائى ، بعد إدخال تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٦ - ص ٤٦٨) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩١٥ - ٩١٦ (مطابق) ..

ويخلص من هذه النصوص أن الحيابة تزول بزوال عنصرها المادى ، وهو السيطرة الفعلية على الحق الذى يستعمله الحائز . ثم إن الحيابة تزول أيضا بزوال عنصرها المعنوى ، وهو قصد الحائز أن يستعمل الحق لحساب نفسه ، إذ أن الحيابة متى فقدت أحد عنصرىها ، المادى أو المعنوى ، تكون قد فقدت أحد مقوماتها فتزول . ومن باب أولى تزول الحيابة إذا فقدت العنصرين معاً ، العنصر المادى والعنصر المعنوى (١) . ويلاحظ أن انتقال الحيابة إلى خلف خاص ينطوى على معنى زوال حيابة السلف ، فقد قدمنا أن الحيابة إذا انتقلت إلى خلف خاص تكون حيابة جديدة مستقلة عن حيابة السلف ، ومعنى ذلك أن حيابة السلف قد زالت وبدأت حيابة جديدة هي حيابة الخلف الخاص . وهذا بخلاف انتقال الحيابة إلى الخلف العام ، فإن حيابة الخلف العام ليست حيابة جديدة ، بل هي استمرار لحيابة السلف (٢) .

فنبحث إذن ، فى زوال الحيابة ، المسائل الآتية : (١) زوال الحيابة بفقد عنصرىها المادى والمعنوى . (٢) زوال الحيابة بفقد عنصرها المادى وحده . (٣) زوال الحيابة بفقد عنصرها المعنوى وحده .

٣٠٩ - زوال الحيابة بفقد عنصرىها المادى والمعنوى : تزول الحيابة

بداية إذا فقد الحائز عنصرىها المادى والمعنوى معاً ، فقد عنصر السيطرة المادية وعنصر قصد استعمال الحق لحساب نفسه . ويتحقق ذلك فى أحد فرضين :

(١) الفرض الأول : بارادة الحائز متطابقة مع إرادة خلفه الخاص فى الحيابة . فينتفى الحائز مع خلفه الخاص على أن يتقل له حيابة الحق الذى يستعمله ، وتنقل الحيابة فعلاً إلى الخلف الخاص بناء على هذا الاتفاق . فهنا قد فقد الحائز عنصر السيطرة المادية على الحق وعنصر قصد استعماله لحساب نفسه ،

= التفتين للمذ العرى م ٩٦٠ - ٩٦١ (طابق) .

التفتين للمذ العرى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : يفقد الحائز الحيابة إذا فقد عنصرىها المادى والمعنوى ، أو فقد أحد العنصرين دون الآخر (مجموعة الأعمال الصحفية ٦ ص ٤٦٧) .

(٢) أنظر آتقاً ص ٨٩٠ .

فقد الحيازة بفقد عنصرها . وبدأ الخلف الخاص حيازة جديدة مستقلة عن حيازة السلف ، فان هذه الحيازة السابقة قد زالت بفقد عنصرها كما تقدم القول . و قد سبق الكلام في هذا في أحكام انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص ، فنحيل إلى مصلحته في ذلك (١) .

(الفرض الثاني) بارادة الحائز وحده . فينخل الحائز عن حيازة الشيء وهذا التخلي (abandon) هو تخل من الحائز عن كل من السيطرة المادية وقصد استعمال الحق لحساب نفسه ، أى نزول عن العنصرين المادى والمعنوى . فاذا كان الشيء عقارا ، زالت الحيازة دون أن تزول الملكية . وإذا كان الشيء منقولا ، زالت الحيازة والملكية معاً متى كان قصد الحائز من التخلي عن الحيازة هو التخلي عن الملكية . وتنص المادة ١ / ٨٧١ منى في هذا المعنى على أن « يصبح المنقول لا مالك له ، إذا تخلى عنه مالكه بقصد التزل عن ملكيته » . فاذا ألقي شخص في الطريق أو في سلة المهملات لتلقى في الطريق منقولا لم يعد ذا نفع له ، أو حفر خندقا في أرضه أو طهر ترعة أو مصرفا فالتى بالطين والأثرية التى تستخرج من باطن الأرض على قارة الطريق . أو ألقي بمخلفات منزله في صناديق القمامة ، فان هذه المنقولات تسمى بالمنقولات المروكة (res derelictae) ، وتصبح سائبة لا مالك لها ، بعد أن تخلى المالك عن حيازتها بقصد التزل عن ملكيتها (٢) .

٣١٠ - زوال الحيازة بفقد عنصرها المادى وعمره : وقد يفقد الحائز

السيطرة المادية على الحق الذى يستعمله ، فيفقد حيازته ، ولو استبقى العنصر المعنوى وهو قصد استعمال الحق ، فان قصد استعمال الحق لا يجديه شيئا إذا هو فقد استعماله فعلا أى فقد السيطرة عليه (٣) . ويفقد الحائز السيطرة المادية على الحق إذا اغتصب الغير منه الشيء محل الحق عقارا كان أو منقولا ، أو سرقة منه أو ضاع إذا كان منقولا . مثل ذلك أن يغتصب الغير من الحائز الأرض التى فى حيازته ، أو يسرق متاعا له ، أو يضيع من الحائز مجوهرات يملكها

(١) انظر آنفا فقرة ٣٠٢ - فقرة ٣٠٧

(٢) أنظر آنفا فقرة ٥ و فقرة ١٠ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٢٢ - بلانيول وريبير

ويكاز ٣ فقرة ١٥٠ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٧٩ ص ١١٦ .

أو يتسرب حيوان كان في حيازته . ففي هذه الفروض يفقد الحائز الحيازة بفقده السيطرة المادية ، مهما استبقى العنصر المعنوي واحتفظ بالقصد ، فان عنصرا من عنصري الحيازة قد فقد فتزول بفقده الحيازة^(١) . وتقول المادة ٩٥٦ مدني ، كما رأينا^(٢) ، في هذا المعنى : « تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق ، أو إذا فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى » . ويلاحظ أن تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية يتضمن تخليه أيضا عن عنصر القصد ، فتزول الحيازة بفقد عنصرها المادي والمعنوي معا . ولكن في غير التخل ، إذا فقد الحائز سيطرته الفعلية أي العنصر المادي وحده ، فانه يفقد الحيازة بفقده أحد عنصريها . ففي حالة اغتصاب الأرض يكون الحائز هو المختص ، وهو يتبدى حيازة جديدة لا صلة لها بالحيازة السابقة التي زالت بفقد عنصرها المادي^(٣) . والحائز ، في حالة السرقة ، هو اللص ، وهو أيضا يتبدى حيازة جديدة لا صلة لها بالحيازة السابقة التي زالت بفقد عنصرها المادي . أما إذا ضاع الشيء أو تسرب الحيوان ، دون أن يعثر عليه أحد فيحوزه ، فان حيازته تزول أيضا بفقد عنصرها المادي . ولكن الشيء الضائع أو الحيوان المتسرب لا يكون في حيازة أحد ، وإن بقى في ملكية الحائز السابق ويبقى هذا محتفظا بعنصر القصد . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٥٦ مدني يتضمن فقرة ثانية تقرر حكما غير هذا الحكم ، إذ كانت تجرى على الوجه الآتي : « إذا فقد الحائز الشيء دون أن يحوزه شخص آخر ، كان له أن يستبقى الحيازة بمحض نيته ، ما دام لم يفقد الأمل في العثور على المفقود »^(٤) وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة « لأنها تطبق للقواعد العامة »^(٥) ، والصحيح أن حكم هذه الفقرة المحذوفة يخالف القواعد العامة ، فان الحيازة متى فقدت عنصرها المادي تزول ولو استبقى الحائز عنصر القصد وهو العنصر

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٢٢٣ - فقرة ٢٢٥ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٧٩

ص ١١٦ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٥٠ ص ١٦٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٨ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٨ .

(٤) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٧ .

(٥) أنظر آنفاً ص ٨٩٧ ما مش ١ .

المعنوى . وقد كان المقصود بإيراد هذه الفقرة في المشروع التمهيدى أن تكون استثناء من القواعد العامة ، لا تطبيقاً لها . أما وقد حذفت ، فلم يعد بعد مجال لهذا الاستثناء . ويجب اعتبار من أصاع شيئاً أنه فقد حيازته : وليس له أن يستبقى الحيازة بمحض نيته (*animo solo*) ، ولو لم يفقد الأمل في العثور على المفقود (١) .

والاستثناء من القاعدة التى تقضى بزوال الحيازة بفقد عنصرها المادى هو ما أورده الفقرة الأولى من المادة ٩٥٧ ملى ، إذ تقول كما رأينا (٢) : ولا تنقضى الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقى . والمفروض هنا أن المانع الذى حال دون مباشرة السيطرة الفعلية هو مانع طبيعى أو قوة قاهرة ، وأنه مانع وقى زواله مترقب ، وذلك كفيضان غمر الأرض لمدة موقوتة ولا يلبث أن ينحسر فتعود لحائز الأرض السيطرة المادية عليها . فلا تعتبر الحيازة فى هذا الفرض قد زالت بفقد السيطرة المادية فقدنا مؤقتاً بقوة قاهرة ، ويبقى الحائز على حيازته للأرض حتى فى أثناء المدة التى غمرها الفيضان فيها . أما إذا غمر الأرض البحر أو النهر لمدة غير موقوتة ، فإن الحائز للأرض يكون قد فقد السيطرة المادية عليها ، ومن ثم يفقد الحيازة (٣) .

(١) عبد المنعم فرج الصفة ٣٦٨ ص ٥٦٢ هامش ١ - وقارن محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٨ - محمد حل مرة ٢ فقرة ٧٧ ص ١٣١ - ١٣٢ و فقرة ٨٦ ص ١٥٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٦٥ ص ٢٩٣ - أما إذا وضع شخص شيئاً فى منزله أو فى مكان ، ثم نسي أين وضعه ، فإنه لا يفقد حيازته ولا يعتبر أنه قد فقد السيطرة المادية عليه بمجرد نسيان المكان الذى وضع فيه ، ذلك أن النسي لا يزال فى حوزته ، وإذا تذكر مكانه بعد ذلك وأخذه ، فإن حيازته له تعتبر غير متقطعة (هودى وتبسيه فقرة ٢٣٦) .

وفى فرنسا يميز القضاء بين المتقول والمقار . ففى المتقول تجرى القواعد العامة ، ويفقد الحائز الحيازة إذا فقد المتصر المادى وحده . أما فى المقار ، فيجوز أن يستبقى الحائز الحيازة بمحض نيته (*animo solo*) ، ولو فقد المتصر المادى . ويشترط لذلك ألا يكون شخص آخر قد استولى على المقار وحازه لمدة لا تقل عن سنة (نقض فرنسى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٨ سيرة ١٩٤٩ - ١ - ٤٥ - ١١ يناير سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥٠ - ١٢٥) . وانظر مازو فقرة ١٤٧٢ - ماركو وريينو فقرة ١٨ - كاربونيه ص ١٣١ - أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ *Possession* فقرة ٢٧ - وقرب عبد المنعم فرج الصفة فقرة ٣٦٨ ص ٥٦٤ - ص ٥٦٥ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٨ .

(٣) ديمولوب ١٠ فقرة ١٧٤ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٧٩ ص ١١٧ - بومدى

وتبسيه فقرة ٢٣٤ .

وإذا كان الشيء عقارا واغتصبت حيازته بعلم الخائر أو دون علمه ،
فالأصل كما قدمنا أن يفقد الخائر للعقار السيطرة المادية عليه فيفقد الحيازة .
ولكنه مع ذلك يجوز أن يسترد حيازة العقار بدعوى استرداد الحيازة طبقا
لقواعدها التي سيأتى بيانها ، ومن هذه القواعد أن يرفع دعوى الاسترداد فى
خلال سنة من وقت حيازة المنتصب الجديدة إذا بدأت علنا ، أو من وقت
علم الخائر بالحيازة الجديدة إذا بدأت خفية . فان استرد الخائر حيازته على هذا
الوجه ، اعتبر مستبقيا للحيازة بأثر رجعى حتى فى أثناء المدة التى اغتصبت فيها
منه الحيازة . أما إذا لم يستردها فى خلال السنة ، فان الحيازة تزول من وقت
أن اغتصبها المنتصب ، وذلك بسبب فقد عنصر السيطرة المادية . وتقول الفقرة
الثانية من المادة ٩٥٧ مدنى كما رأينا (١) فى هذا المعنى : « ولكن الحيازة تنقضى
إذا استمر هذا المانع سنة كاملة ، وكان ناشئا من حيازة جديدة وقت رفع
إعادة الخائر أو دون علمه . ونحسب السنة ابتداء من الوقت الذى بدأت فيه
الحيازة الجديدة إذا بدأت علنا ، أو من وقت علم الخائر الأول بها إذا بدأت
خفية (٢) » .

وتزول الحيازة أيضا بفقد عنصرها المادى وهو عنصر السيطرة المادية ،
إذا هلك الشيء ، أو إذا دخل فى الأملاك العامة (الدومين العام) (٣) .

٣١١ - زوال الحيازة بفقد عنصرها المعنوى وعمره : وتزول الحيازة

أخيرا يفقد عنصرها المعنوى وحده ، مع بقاء عنصرها المادى وهو السيطرة
الفعلية . ويتحقق ذلك فيما إذا كان قد فقد الخائر عنصر القصد فى أن يجوز الشيء
لحساب نفسه فيفقد بذلك العنصر المعنوى للحيازة ، مع استبقائه السيطرة المادية
على الشيء فيستبقى العنصر المادى ، وإن كان يستبقيه نيابة عن من انتقل إليه

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٨ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « كلاك إذا انتقل العنصر المادى
لشخص آخر ، ولكن انتقاله كان خلسة أو بالإكراه ، فان الخائر لا يفقد الحيازة إلا إذا
مضت سنة كاملة من الوقت الذى علم فيه بانتقال العنصر المادى (مجموعة الأعمال التحضيرية
٦٦ ص ٤٦٧) . وانظر لوبيز ورو ٢ فقرة ١٧٩ ص ١١٦ - ص ١١٧ .

(٣) لوبيز وددو ٢ فقرة ١٧٩ ص ١١٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٢ فقرة ١٥٠

لشيء . وأكثر ما يكون ذلك فيما إذا باع شخص شيئاً ، واتفق مع المشتري على أن يستبقه عنده لحساب المشتري (*constitut possesseur*) . فهنا يكون البائع قد استبقى السيطرة المادية على المبيع نيابة عن المشتري ، وفقد العنصر المعنوي فلم يعد يحوز المبيع لحساب نفسه بل لحساب المشتري . وعلى ذلك يفقد الحيازة الأصلية لأنه فقد عنصرها المعنوي ، وتقلب حيازته إلى حيازة عرضية (١) .

البحث الثاني

حماية الحيازة في ذاتها والعلاقة بين الحيازة والملكية

المطلب الأول

حماية الحيازة في ذاتها

(دعاوى الحيازة الثلاث)*

٣١٢ - **مصادمى دعاوى الحيازة** : لدعاوى الحيازة خصائص

تتميز بها ، فهي : (أولاً) دعاوى تحمي الحيازة في ذاتها . (ثانياً) دعاوى تحمي حيازة العقار دون حيازة المقتول . (ثالثاً) دعاوى تحمل طابع الاستعجال فتدخل في اختصاص القاضي الجزئي .

(١) بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ١٥٠ ص ١٦٨ .

• مراجع : Arclambault et Senly في قاموس العمل لدعاوى الحيازة وإقامة الحدود جزآن سنة ١٨٨٩ - سنة ١٨٩٠ Bagenet في دعاوى الحيازة وصلتها بالقانون المدني طبقاً لقضاء محكمة النقض سنة ١٩٢٣ - Raviart في دعاوى الحيازة وإقامة الحدود الطيبة الخامسة سنة ١٩٢٩ - Laplatte في دعاوى الحيازة وإقامة الحدود سنة ١٩٤١ .

رسائل : Bourcart في دعاوى الحيازة باريس سنة ١٨٨٠ - Birague d'apremont في دعوى منع التعرض باريس سنة ١٩٠٢ - Lccourt في التكييف القانوني لدعوى استرداد الحيازة Caen سنة ١٩٣١ - are في حماية الحيازة في حقوق الارتفاق سنة ١٩٣٤ - Gilles في دعوى استرداد الحيازة سنة ١٩٣٦ - Steinber في التعرض القائم على تصرف قانوني في دعاوى الحيازة ستراسبورج سنة ١٩٣٨ - Durif في حماية الحيازة في العقار ستراسبورج سنة ١٩٤٢ - Lafage في دعوى منع التعرض في حقوق الارتفاق غير المستمرة وفي حقوق الاستعمال في الريف بواتيه سنة ١٩٤٢ .

٣١٣- (أولاً) دعاوى الحيازة الخمسى الحيازة فى زنتها : فهذا الدعاوى إنما جعلت لحماية الحيازة فى ذاتها ، دون نظر إلى ما إذا كان الحائز يملك الحق الذى يحوزه أو لا يملكه . فالحائز لأرض ، أى الحائز لحق الملكية فى هذه الأرض ، تحميه دعاوى الحيازة . ولا يطلب منه ، فى مباشرة هذه الدعاوى ، إلا أن يثبت حيازته للأرض بالشروط الواجب توافرها فى الحيازة على الوجه الذى سبق أن بسطنا . فلا يطلب منه أن يثبت أنه مالك للأرض ، فالملكية تكون محلاً لدعوى الاستحقاق ، وهى دعوى ملكية لا دعوى حيازة تتميز ، على خلاف دعوى الحيازة ، بإجراءات طويلة معقدة ، وبطرق إثبات تزيد كثيراً فى الصعوبة والعسر على طرق إثبات الحيازة . وسواء كان الحائز للأرض مالكا لها أو غير مالك ، فإنه متى أثبت حيازته للأرض كان له أن يحمى حيازته هذه بدعاوى الحيازة فيستطيع أن يسترد حيازته ، إذا كانت قد انتزعت منه عنوة أو خلسة ، بدعوى استرداد الحيازة . وإذا لم تنتزع منه الحيازة ، ولكنها تعرضت للاعتداء أو التهديد ، فإنه يستطيع أن يدفع عنها الاعتداء أو التهديد بدعوى منع التعرض . وإذا لم تتعرض حيازته للاعتداء أو التهديد ، ولكنها توشك أن تتعرض لذلك من جراء أعمال بدىء بها ولما تم ، فإنه يستطيع أن يطلب وقف هذه الأعمال بدعوى وقف الأعمال الجديدة . وما قلناه فى حق الملكية يقال فى الحقوق الأخرى التى تكون محلاً للحيازة . فدعاوى الحيازة تحمى حائز حق الانتفاع أو حائز حق الارتفاق أو حائز حق رهن الحيازة أو حائز حق المستأجر . فلا يطلب من الحائز لأحد هذه الحقوق إلا أن يثبت حيازته لهذا الحق ، فتحمى حيازته دون أن يطلب منه أن يثبت أنه صاحب هذا الحق فعلاً . ومن ثم يستطيع أن يسترد حيازته للحق بدعوى استرداد الحيازة ، وأن يرفع عنها الاعتداء والتهديد بدعوى منع التعرض ، وأن يطلب وقف الأعمال الجديدة التى توشك أن تهدد حيازته بدعوى وقف الأعمال الجديدة .

٣١٤- (ثانياً) دعاوى الحيازة الخمسى ميازة العقار دون ميازة المنقول :

ودعاوى الحيازة لا تحمى حيازة المنقول ، فالمنقول ليس له كالعقار مستقر ثابت يتيسر معه تمييز الحيازة عن الملكية فى شأنه . فبد الحائز للمنقول تختلط يد

المالك ، ومن ثم اخططت الحيازة في المنقول بالملكية ، وحث دعوى الملكية حيازة المنقول وملكيته معاً ، إذ أصبحت الحيازة في المنقول إذا اقتبنت بحسن النية هي نفسها سند الملكية . هذا إلى أن دعاوى الحيازة قد نشأت كما سئرى في القانون الفرنسي القديم ، حيث كان المنقول على خلاف العقار غير ذي خطر ، فلم يستأهل أن تكون حمايته في حيازته مستقلة عن حمايته في ملكيته (mobilium possessio vilis) (١) .

و كما لا يحصى المنقول بدعاوى الحيازة ، كذلك لا يحصى المجموع من المال (universalité) كالتركة . فالخائر لمجموع من المال كالوارث إنما يحصى في حيازته لعقار معين من هذا المجموع ، ولا يحصى في حيازته لمجموع المال ذاته إذ المجموع من المال لا يقبل الحيازة (٢) .

ودعاوى الحيازة إنما تحمي حيازة العقار المعين بالذات ، وحماية جميع الحقوق العينية التي تقع على العقار مما يكون قابلاً للحيازة . وعلى ذلك تحمي هذه الدعاوى : (١) حيازة العقار ، أى حيازة حق الملكية في العقار ، إذا كان العقار قابلاً للحيازة . فإذا كان العقار داخلاً في الدومين العام ، فإنه لا يكون في الأصل قابلاً للحيازة ، وكان ينبغي ألا يكون هناك مجال في شأنه لدعاوى الحيازة (٣) . ولكن القضاء في فرنسا جرى على حماية الشخص العام ، في حيازته للعقار الداخلة في الدومين العام ، ضد أعمال التعرض والاعتصاب الصادر من

(١) أوبري ورو ٢ بقرة ١٨٥ ص ١٧٥ وهامش ٢ - بلانيول وريبير ويكلر ٣ بقرة ١٨٤ - على أن هناك استثناء نرى فيه حيازة المنقول تحمي دعاوى الحيازة وهذه هي حيازة حق المستأجر . فحق المستأجر ، ولو كانت العين المؤجرة عقاراً ، يعتبر منقولاً (الوسيط ٨ بقرة ١٠٨ ص ٢٠١) . ومع ذلك فهناك نص صريح يقضى بمجواز أن يحسم المستأجر في حيازته لحقه ، إذا كانت العين المؤجرة عقاراً طبعاً ، بدعاوى الحيازة ، إذ نص المادة ٥٧٥ / ١ على أنه لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض للمادى إذا صدر من أجنبي مادام التعرض لا يدمي حقاً ، ولكن هذا لا يغني عن المستأجر من الحق في أن يرفع باسمه على التعرض دعوى المطالبة بالتعويض وجميع دعاوى وضع اليد .

(٢) أوبري ورو ٢ بقرة ١٨٥ ص ١٧٥ هامش ٣ - بلانيول وريبير ويكلر ٣ بقرة ١٨٤ ص ١٩٢ .

(٣) استئناف مخطط ١٤ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٨٨ - ٢٤ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٣٥ .

الغير . بل إنه يحى كل من حصل من الأفراد على ترخيص فى الانتفاع بالمعار
الداخل فى الدومين العام ، فى حيازته لهذا العقار ، بجميع دعاوى الحيازة ضد
الغير (١) ، فيما عدا الجهة الإدارية الى منحه الترخيص . أما حيازة العقار
المملوك للشخص العام ملكية خاصة فتحى بلادة بجميع دعاوى الحيازة ،
شأنها فى ذلك شأن أى عقار مملوك للأفراد (٢) . حيازة حق الانتفاع وحق
الاستعمال وحق السكنى ، إذا تعلقت هذه الحقوق بعقار . (٣) حيازة حقوق
الارتفاع ، فى الحدود التى تقبل فيها هذه الحقوق الحيازة ، أى حقوق الارتفاع
الظاهرة (م ١٠١٦ / ٢ ملق) (٤) . حيازة حق الحكر . (٥) حيازة حق
رهن الحيازة إذا تعلق بعقار (٦)

٣١٥ - نالتا دعاوى الحيازة تحمل طابع الاستعمال فترهل فى

اختصاص القضى الجزئى : ودعاوى الحيازة تحمل طابع الاستعمال ، إذ هى
لا تتعرض للملكية كما قلنا بل تقتصر على مجرد حماية الحيازة فى ذاتها .
فاجراءاتها غير طويلة وغير معقدة كدعاوى الملكية ، وهى قريبة الشبه بالدعاوى
المستعجلة التى لا يجوز التعرض فيها للموضوع . ولذلك تدخل دعاوى الحيازة ،
كالدعاوى المستعجلة ، فى اختصاص القاضى الجزئى أيا كانت قيمة العقار ،
ولو زادت هذه القيمة على نصاب هذا القضاء . وتنص المادة ٤٧ مرافعات

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٥ ص ١٨٨ - ص ١٨٩ .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٦٨ - وانظر بلانيول ورييرو وبيكار ٣ فقرة ١٨٦ .
ونعى دعاوى الحيازة أيضاً حملة المنشآت المقتلة فى الأرض ، بناء كانت أو غراساً ،
إذا كانت ملكية هذه المنشآت مستقلة عن ملكية الأرض ، إذ تعتبر فى هذه الحالة عقاراً مستقلاً
عن الأرض ، وتحى حيازتها كما تحى حيازة الأرض نفسها (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٥
ص ١٧٨) .

(٣) ويُلمن بحقوق الارتفاع ، فيحى بدعاوى الحيازة ، القيود الواردة على الملكية ،
وهى القيود المتعلقة بالرى والصرف من شرب ويجرى ومسل ، وحق المرور ، والمخلات .
فاذا حصل الجار فى الحدود التى رسمها القانون على حق الشرب من ماء جاره ، لوى حق المرور
فى أرض جاره ، أو وضع حظلاً على عقار جاره ، فإنه يستطيع أن يحى حيازته بجميع دعاوى الحيازة .
(٤) ويجوز حماية حق المستأجر بدعاوى الحيازة ، ولو أن هذا الحق حق شخصى ، شرط
أن يكون متعلقاً بعقار .

في هذا الصدد على أن « تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم ابتداءً في :
 (أ) دعاوى الحيازة . (ب) طلب التعويض عن سلب الحيازة أو التعدي عليها
 إذا رفع بالتبعية لدعوى الحيازة » ^(١) . هذا من ناحية الاختصاص النوعي ،
 ومن ناحية الاختصاص المحلي تختص بنظر دعاوى الحيازة المحكمة الجزئية الواقع
 في دائرتها العقار أو أحد أجزائه إذا كان واقعا في دوائر محاكم متعددة
 (م ١ / ٥٩ مرافعات) . وتستأنف الأحكام الصادرة من المحكمة الجزئية في
 دعاوى الحيازة ، ولو لم ترد قيمة العقار على النصاب النهائي للقاضي الجزئي ،
 أمام المحكمة الابتدائية التي تتبعها المحكمة الجزئية التي أصدرت هذه الأحكام .

ويعتبر اختصاص القضاء الجزئي بنظر دعاوى الحيازة (الاختصاص
 النوعي) من النظام العام . فإذا رفعت دعوى الحيازة إلى غير القضاء الجزئي ،
 جاز لكل خصم أن يدفع بعدم الاختصاص في أية حالة كانت عليها الدعوى ،
 ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، بل ولأول مرة أمام محكمة النقض ،
 ويجوز للمحكمة أن تقضى بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها . أما الاختصاص
 المحلي فلا يعتبر من النظام العام ، ويجب إبداء الدفع بعدم الاختصاص المحلي

(١) ولم يورد المشروع الجديد لتقنين المرافعات مقابلا للمادة ٤٧ مرافعات ، مع أنه
 عرض لدعاوى الحيازة في المادة ٤٤ منه دون أن يجعل هذه الدعاوى من اختصاص القضاء الجزئي .
 وبالرغم من أنه لم يرد في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع شيء يبين العلة التي من أجلها لم
 ينص المشروع على اختصاص القضاء الجزئي بنظر دعاوى الحيازة ، إلا أنه يبدو أن عدم إيراد
 نص في هذا المعنى متعمد . وذلك معناه أن الاختصاص بنظر دعاوى الحيازة تتبع في شأنه القواعد
 العامة في الاختصاص النوعي الواردة في المشروع الجديد ، فيختص القضاء الجزئي بنظر هذه
 الدعاوى إذا كانت قيمة العقار لا تتجاوز خمسمائة جنيه ، ويكون حكمه نهائياً إذا لم يتجاوز
 قيمة العقار مائة وخمسين جنيهاً ، فان زادت القيمة على هذا المقدار جاز استئناف الحكم أمام
 المحكمة الابتدائية وعندئذ لا يكون الحكم النهائي الصادر من المحكمة الابتدائية قابلاً للطعن فيه بالنقض .
 وإذا زادت قيمة العقار على خمسمائة جنيه كانت المحكمة الابتدائية هي المختصة بنظر دعاوى
 الحيازة ، وتستأنف أسكنها أمام محكمة الاستئناف وعندئذ تكون الأحكام النهائية الصادرة
 من محكمة الاستئناف قابلة للطعن فيها بالنقض . ولعل هذا هو السبب الذي دعا واضع المشروع
 الجديد لتقنين المرافعات إلى الانحراف عن التقاليد المستقرة في جعل دعاوى الحيازة من اختصاص
 القضاة الجزئي ، إذ يبدو أنهم أرادوا أن يفتحوا باب النقض لهذه الدعاوى عن طريق الطعن
 في الأحكام النهائية التي تصدر فيها من محاكم الاستئناف .

قبل إيداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى وإلا سقط الحق فيه ، ولا يجوز للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها اختصاصا محليا بنظر دعوى الحيازة .

ولا يجوز من المدعى عليه فى دعوى الحيازة أن يدفعها بالاستناد إلى الحق ، ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل فى دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذى يصدر فيها إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه ، وكذلك لا يجوز الحكم فى دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه (م ٤٨ / ٢ و ٣ مرافعات وسيأتى بيانها) .

ويختص القضاء الجزئى كما رأينا (م ٤٧ ب مرافعات) بالنظر فى طلب التعويض عن سلب الحيازة أو التعدى عليها إذا رفع بالتبعية لدعوى الحيازة ، أيا كان مقدار التعويض المطلوب ولو جاوز نصاب القاضى الجزئى . ويكون حكمه فى ذلك قابلا للاستئناف أمام المحكمة الابتدائية التى تتبعها المحكمة الجزئية التى أصدرت الحكم ، ولولم يزد مقدار التعويض المطلوب على النصاب النهائى للقاضى الجزئى . ويختص القضاء الجزئى كذلك بالنظر فى طلب الحكم بالفرامة التهديدية (astreintes) (١) .

٣١٦ - الفصل التاريخى لرهاوى الحيازة : يبدو أن دعاوى الحيازة لا تمت بأصلها إلى القانون الرومانى ، إذ ليست لها صلة بما كان يسمى عند الرومان (interdicts) وإن حاول البعض دون جدوى إرجاع أصلها إلى ذلك (٢) .

والظاهر أن أصل هذه الدعاوى يرجع إلى القانون الكنسى (droit canonique) ، وقد ظهرت فى العصور الوسطى فى صورة دعاوى ثلاث : دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة .

وأقدم هذه الدعاوى دعوى استرداد الحيازة ، وقد ورد ذكرها فى نصوص القانون الكنسى ، واستخلص منها فقهاء هذا القانون دعوى

(١) تقضى فرنسا ١٠ مايو سنة ١٨٦٥ دالوز ٦٥ - ١ - ٤١٢ - وانظر فى ذلك بلانول وريبير وييكار ٣ فقرة ١٨٧ .

(٢) انظر فى ذلك بلانول وريبير وييكار ٣ فقرة ١٨٥ ص ١٩٣ مائش : .

(actiospolii) ودفعاً (exceptio spoli) لحماية من انتزعت منه الحيازة بالإكراه . وتلت هذه الدعوى دعوى منع التعرض ، وقد ظهرت في القرن الثالث عشر في العادات القديمة (coutumes de Beauvoisis de Baumanoir) لحماية من يقع له تعرض في حيازة تلوم سنة كاملة . ثم ظهرت دعوى وقف الأعمال الجديدة ، وقد صيغت على غرار دعوى رومانية (nuncatio novi operis) لحماية حائز العقار من أعمال جديدة يقوم بها جاره وتوشك أن تهدد حيازته . وقد أدمجت دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض ، منذ القرن الرابع العاشر في دعوى واحدة (complainte en cas de saisine et de nouvelleté) . ولكن القانون الفرنسي الحديث رجع إلى التمييز بين هذه الدعاوى الثلاث . فذكر التقنين المدني الفرنسي دعوى استرداد الحيازة في المادة ٢٠٦٠ (ثانياً) منه في خصوص الإكراه البدني ، وقد ألغى هذا النص مع النصوص الأخرى المتعلقة بالإكراه البدني بقانون ٢٢ يولييه سنة ١٨٦٧ . وقضى بتجنيب المرافعات الفرنسية باختصاص قاضي الصلح في نظر دعاوى الحيازة ، ونصت المادة ٢٣ مرافعات فرنسي على أن دعاوى الحيازة لا تقبل إلا إذا رفضت في خلال سنة من وقت التعرض لمن بقيت حيازتهم ، بأنفسهم أو بمن ينوب عنهم ، منذ سنة على الأقل ، حيازة هادئة وبصفة غير عرضية . ثم ذكرت دعاوى الحيازة الثلاث في المادة ١/٦ من قانون ٢٥ مايو سنة ١٨٣٨ ، ثم في المادة ٢/٧ من قانون ١٢ يولييه سنة ١٩٠٥ الذي ألغى قانون ٢٥ مايو سنة ١٨٣٨ وحل محله (١) .

٣١٧ - التمييز بين دعاوى الحيازة المثلثة ومثلثاتها في التشريع المصري : وقد ميز التقنين المدني المصري الجديد بين دعاوى الحيازة الثلاث تمييزاً واضحاً ، وخصها بنصوص (م ٩٥٨ - ٩٦٢ مدني) وردت بين النصوص المتعلقة بالحيازة .

ويلاحظ أن هناك فرقاً جوهرياً بين دعوى استرداد الحيازة من جهة وبين دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة من جهة أخرى . ففي حين

(١) أنظر أوبري ورو ٢ ققرة ١٨٤ ص ١٧٢ - ص ١٧٤ وققرة ١٨٩ ص ٢٣٩ هامش ٩ - بلانويول وريبير وبيكار ٤ ققرة ١٨٥ وققرة ٢٠٦ ص ٢١٣ - أنسيكلو بيدي دالفرز ١ لفظ action possessoire ققرة ٤ - ققرة ١٠

أن الدعويين الأخيرين تحميان الحيازة بعد أن تستقر وبعد أن تلوم سنة على الأقل ويراد بهما دفع التعرض عن هذه الحيازة المستقرة ، إذا بدعوى الاسترداد تعطى كما سنرى لكل حائر ، ولو كان حائرا عرضيا ، ولو لم تدم حيازته . سنة واحدة ، بل ولو لم تستمر حيازته غير يوم واحد أو أقل ، ما دامت هذه الحيازة قد انتزعت منه عنوة أو كان قد فقدتها خفية . ثم إن دعوى منع التعرض تتميز عن دعوى وقف الأعمال الجديدة في أن الدعوى الأولى تدفع عن الحيازة اعتداء قد وقع فعلا ، في حين أن دعوى وقف الأعمال الجديدة تحمي الحيازة ، لا من اعتداء قد وقع فعلا ، بل من اعتداء يوشك أن يقع وهو سيقع حتما لو تمت الأعمال التي بدىء بها .

وكثير من التشريعات ، كالقانون الفرنسي والقانون المصري السابق ، يكتفي بالإشارة إلى دعاوى الحيازة في نصوص تقنين المرافعات وفي نصوص تحديد المحكمة المختصة بنظر هذه الدعاوى . أما التقنين المدني المصري الجديد فقد هيى بدعاوى الحيازة ، ووضعها في مكانها الصحيح بين نصوصه المتعلقة بالحيازة ، تحت عنوان « حماية الحيازة — دعاوى الحيازة الثلاث » . وبدأ بدعوى استرداد الحيازة فأفرد لها المواد ٩٥٨ — ٩٦٠ مدنى ، وأعقبها بدعوى منع التعرض فأفرد لها المادة ٩٦١ مدنى ، وإنهى إلى دعوى وقف الأعمال الجديدة فأفرد لها المادة ٩٦٢ مدنى . ونستعرض الآن هذه الدعاوى الثلاث على التتابع .

§ ١ — دعوى استرداد الحيازة

(La réintégration)

٣١٨ — نصومى قانونية : تنص المادة ٩٥٨ مدنى على ما يأتى :

١ — لحائر العقار ، إذا فقد الحيازة ، أن يطلب خلال السنة التالية لفقدائها ردها إليه . فإذا كان فقد الحيازة خفية ، بدأ سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك ،

٢ — ويجوز أيضا أن يسترد الحيازة من كان حائرا بالتيابة عن غيره .
وتنص المادة ٩٥٩ مدنى على ما يأتى :

١ - إذا لم يكن من فقد الحيازة قد انقضت على حيازته سنة وقت فقدما ، فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أحق بالتفصيل . والحيازة الأحق بالتفصيل هي الحيازة التي تقوم على سند قانوني . فإذا لم يكن لدى أى من الحائزين سند ، أو تعادلت سنداتهم ، كانت الحيازة الأحق هي الأسبق في التاريخ .

٢ - أما إذا كان فقد الحيازة بالقوة ، فللحائز في جميع الأحوال أن يسترد خلال السنة التالية حيازته من المعتدى .

وتنص المادة ٩٦٠ على ما يأتي :

«للمحاضر أن يرفع في المعاد القانوني دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت إليه حيازة الشيء المنتصب منه ، ولو كان هذا الأخير حسن النية (١) . ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٥٨ : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٩ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٣ في المشروع النهائي ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٠ ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية أخرى . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٩ - ص ٤٧١) .

م ٩٥٩ : ورد هذا النص في المادة ١٤١٠ من المشروع التمهيدى حل الوجه الآتي :
٣ - «غير أنه إذا لم يكن من انتزعت منه الحيازة قد انقضت على حيازته سنة وقت انتزاعها فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أفضل . ٣ - والحيازة الأفضل هي الحيازة التي تقوم على سند قانوني ، فإذا لم يكن لدى الحائز سند أو تعادلت سندات الحائزين كانت الحيازة الأفضل هي الحيازة الأسبق في التاريخ . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٤ في المشروع النهائي ، بعد إدخال تعديلات لفظية بسيطة . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣١ ، بعد تعديله تعديلاً جله مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٢ - ص ٤٧٤) .

م ٩٦٠ : ورد هذا النص في المادة ١٤١١ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٤ - ص ٤٧٥) .

(٢) ولكن أنظر م ٢٦ فقرة ثانية / ٢٩ فقرة رابعة من تقنين المرافعات السابق ، ونصها : «ويحكم (القاضي الجزئي) أيضاً في الدعاوى الآتي بيانها ويكون حكمه انتهاياً : ... (ثانياً) الدعاوى المتعلقة بالنزاع في وضع اليد على العقار المبنية على فعل صادر من المدعى عليه لم تنص عليه سنة قبل رفع الدعوى .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٦٢ - ٩٦٤ - وفي التقنين المدني
العراق م ١١٥٠ - ١١٥٣ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (١) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل (ولكن أنظر تقنين المرافعات السوري) .

"تقنين المدني الليبي م ٩٦٢ - ٩٦٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٥٠ : ١ - لحائز العقار ، إذا انتزعت منه الحيازة ،
أن يطلب من محكمة الصلح خلال سنة من تاريخ الانتزاع ردّها إليه . فإذا كان انتزاع الحيازة
خفية ، بدأ سريان المدة من وقت أن يتكشف ذلك . ويجوز أيضاً أن يسترد الحيازة من كان
حائزاً بالنيابة عن غيره . ٢ - وإذا لم يكن من انتزعت منه الحيازة قد انقضت حل حيازته
سنة من وقت انتزاعها ، فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أفضل .
والحيازة الفضل هي التي تقوم على سند قانوني . وإذا أبرز كل من الطرفين سنداً قانونياً ،
ففضل صاحب السند الأقدم تاريخياً سواء تلقياً العقار من شخص واحد أو من أشخاص مختلفة ،
وإذا كان أحدهما تلقى العقار من الآخر فضل صاحب السند المتأخر تاريخياً . وإذا تعادلت
السندات أو لم يكن لدى أي منهما سند ، فضل من كان أسبق في الحيازة . فإذا استويا في ذلك ،
حكم لها بالاشتراك في الحيازة . ٣ - وإذا لم يلبأ من انتزعت منه الحيازة إلى الطرق القانونية
يل استرد حيازته إكراهاً وتغلباً ، وطالب الطرف الآخر بإعادة يده السابقة ، حكم بإعادة
يده ، والحائز الأول بعد ذلك أن يلبأ إلى الطرق القانونية لاسترداد حيازته .

م ١١٥١ : إذا أقام الحائز دعوى وضع اليد لاسترداد حيازته ، فله أن يطلب منع
المدعي عليه من إنشاء أبنية أو غرس أشجار في العقار المتنازع فيه أثناء قيام الدعوى ، بشرط
أن يقدم تأييدات كافية لضمان ما قد يصيب المدعي عليه من الضرر إذا ظهر أن المدعي غير
محق في دعواه .

م ١١٥٢ : ١ - إذا كان المدعي عليه قد أنشأ أبنية أو غرس أشجاراً في العقار المتنازع
فيه قبل أن يمنع من ذلك ، فله أن يطلب بقاء الأبنية والأشجار مع العقار في حيازته حتى يفصل
في دعوى الملكية ، بشرط أن يقدم تأييدات كافية لضمان ما قد يصيب المدعي من الضرر إذا
لم يثبت المدعي عليه ملكيته ، وبشرط أن يرفع دعوى الملكية في خلال ثم واحد من تاريخ
تقديمه هذه التأييدات . فإذا لم يقدم التأييدات المذكورة ، أو تأخر في رفع دعوى الملكية
عن الميعاد المذكور ، سلم العقار مع ما أحدث فيه من منشآت إلى المدعي إذا هو قدم التأييدات
الكافية ، وإلا سلم إلى مدعيه . ٢ - وإذا كان البنية أو الغراس واقعاً في قسم من العقار
المتنازع فيه ، فلا تطبق هذه الأحكام إلا على هذا القسم ، وتماد يد المدعي على الباقي من العقار .

م ١١٥٣ : ١ - إذا كان المدعي عليه زرع مدرك في العقار المتنازع فيه ثم حكم برفع
يده ، أمر بحصد الزرع وتسليم العقار خالياً للمدعي . ٢ - وإذا كان البذر لم ينبت ،
فلمدعي الخيار إن شاء أسقى مثل البذر أو قيمته وتملكه ، وإن شاء تربص حتى إدراك المحصول -

ويخلص من هذه النصوص ما يأتي : (١) المدعى في دعوى استرداد الحيازة هو الحائز للعقار ، ولو كان حائزاً عرصياً بالنيابة عن غيره . (٢) المدعى عليه في دعوى استرداد الحيازة هو من انتزع الحيازة من الحائز ، وكذلك خلفه ولو كان حسن النية . (٣) المدة التي ترفع في خلالها دعوى استرداد الحيازة هي سنة من وقت فقد الحيازة أو من وقت العلم بفقدتها . (٤) ما يحكم به القاضى في دعوى استرداد الحيازة يختلف باختلاف ما إذا كانت الحيازة قد دامت سنة قبل انتزاعها ، وما إذا كانت قد انتزعت بالقوة ، وما إذا كان متزع الحيازة أحق بالتفضيل . (٥) التكيف القانوني لدعوى استرداد الحيازة هو أنها تراوح بين أن تكون دعوى شخصية من دعاوى المسؤولية ودعوى مستقلة من دعاوى الحيازة .
فنبحث هذه المسائل متعاقبة .

٣١٩ — المدعى في دعوى استرداد الحيازة : المدعى في هذه الدعوى هو الحائز للعقار . ويجب عليه أن يثبت أنه وقت أن انتزعت منه الحيازة كان

موصفه في مقابل أير مثل العقار . ٣ - وإذا كان البذر ناجياً ولم يدرك ، فلهى الخيار إن شاء تربيته حتى إدراك المحصول وحده في مقابل أير مثل العقار ، وإن شاء تسلم العقار مع ما عليه من الزرع إذا هو قدم تأمينات كافية لضمان ساقه يصيب المدعى عليه من الضرر إذا ثبت ملكيته ، حل أن يضمن المدعى قيمة البذر وحده إذا لم تثبت ملكية المدعى عليه .
(والتقنين العراقي يحفل بالتصيلات ، وبخاصة فيما يتعلق بإنشاء الأبنية وغرس الأشجار ، والبذر إذا لم يثبت أوبت ولم يدرك أوبت وأدرك ، وهو في مجموعه لا يخالف أحكام التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل . ولكن انظر تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني : م ١٣ - يحكم قضاء الصلح في الدعاوى الآتية ، وأحكامهم تكون حل الدوام قابلة للاستئناف : (١) الدعاوى التصرفية (دعوى اليد) حل شرط أن تقام في خلال المهلة المنصوص عليها في المادة ٤٨ م ٤٨ - لا تقبل الدعوى التصرفية إلا في خلال سنة تبتلى من تاريخ وقوع التصرف لحق التصرف م ٤٩ - إن الدعوى التصرفية نوعان : دعوى إعادة اليد وهي تستلزم وجود شخص نزعت يده ، ودعوى الترضى وهي تستلزم حصول تعرض لحق التصرف لم يبلغ حد نزوع اليد م ٥٠ - تقام دعوى إعادة اليد من قبل كل متصرف كان قبل نزوع يده يتصرف تصرفاً مادياً متواصلاً سلبياً ، وطنياً خالياً عن الالتباس . ويحق المستأجر والمزارع أو صاحب الامتياز في ملك الدولة العام أن يقيم هذه الدعوى حل الشروط نفسها . (وهذه الأحكام توافق أحكام التقنين المدف المصرى) .

حائراً للعقار (١) حيازة خالية من العيوب ، أى حيازة مستمرة علنية هادئة غير غامضة (٢) محل الوجه الذى بسطناه فيما تقدم .

وليس من الضروري فى دعوى استرداد الحيازة ، وهذا هو الذى يميزها عن سائر دعاوى الحيازة ، أن يكون الحائز حائراً أصيلاً أى حائراً لحساب نفسه . فيجوز للحائز العرضى ، وهو الحائز لحساب غيره ، أن يكون مدعياً فى دعوى استرداد الحيازة ، ويطلب باسترداد حيازة حق الملكية فى حين أنه يكون صاحب حق انتفاع أو مرتبها رهن حيازة أو مستأجراً أو حارساً قسائياً ، أى حائراً لحق الملكية حيازة عرضية لحساب المالك (٣) . وتصرح الفقرة الثانية من المادة ٩٥٨ مدنى ، كما رأينا (٤) ، بهذا الحكم إذ تقول : « ويجوز أيضاً أن يسترد الحيازة من كان حائراً بالنيابة عن غيره » .

وكما يجوز للحائز العرضى أن يكون مدعياً فى دعوى استرداد الحيازة ، كذلك يجوز لمن قامت حيازته على عمل من أعمال التسامح ، وهو مثل الحائز العرضى مجرد من عنصر القصد فى الحيازة وليس لديه إلا السيطرة المادية ، أن يكون مدعياً فى دعوى استرداد الحيازة . ويكون مدعياً فى دعوى استرداد الحيازة أيضاً من حصل على ترخيص (concession) من الجهة الإدارية

(١) حيازة مادية حالية ، ومعنى كونها مادية أن تكون يد الحائز متصلة بالعقار اتصالاً فعلياً يجعل العقار تحت تصرفه المباشر ، ومعنى كونها حالية أن يكون هذا الاتصال قائماً فى حال وقوع النصب . وقد قضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك بأنه إذا كان الثابت أن العقار محل الدعوى (شادر) قد صدر حكم بإخلافه لمخالفة ارتكبا مستأجره ، ونفذ حكم الإغلاق بإخراج جميع الأشياد التى كانت به وإغلاق بابه وبوضع الأختام عليه ، فإن حيازة المستأجر المادية لشادر تكون قد زالت نتيجة تنفيذ الحكم الجنائى الصادر عليه . ولقول بأن المستأجر ظل حائزاً رغم ذلك هو خطأ فى فهم معنى الحيازة (نقض مدنى ٥ يوفيه سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٨ رقم ١٦٦) .

(٢) استئناف مخطئ ٥ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٨٢ - ٢٦ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٩١ - ١٠ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٢٧ - ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ١٤ .
(٣) استئناف مخطئ ٧ يناير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٣١ - ٥ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٧٨ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٢٢ - ٨ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٨٦ (حارس قضائى) - أوبرى ورو ٢٠ فقرة ١٨٩ ص ٢٤٠ - ٢٤١ - بلانويول وريبير وبيكار .
٣ فقرة ٢٠٧ ص ٢١٦ .
(٤) أنظر وفقاً فقرة ٣١٨ .

في الانتفاع بعقار داخل في الأملاك العامة ، ولو أن حيازته للملك العام معرضة للزوال في أي وقت بمجرد رجوع الجهة الإدارية في الترخيص^(١) . ولكل من الحائز على سبيل التسامح والحائز بموجب ترخيص إداري أن يسترد الحيازة بدعوى استرداد الحيازة ، حتى من المالك الذي أجاز الحيازة على سبيل التسامح ، أو من الجهة الإدارية التي منحت الترخيص^(٢) . على أنه لا يجوز استرداد الحيازة من الجهة الإدارية إذا كانت هذه الجهة قد انتزعت الحيازة من المرخص له ، لا باعتبارها تدبير الملك العام ، بل بموجب سلطتها العامة التنظيمية (*pouvoir général réglementaire*) ، كأن تستصدر قرارا باعتبار الأعمال التي دعت لانتزاع الحيازة من أعمال المنفعة العامة^(٣) .

وليس من الضروري لرفع دعوى استرداد الحيازة أن يكون الحائز حسن النية ، فللحائز أن يرفع هذه الدعوى حتى لو كان سيء النية .

وليس من الضروري أخيرا ، لرفع دعوى استرداد الحيازة ، أن يكون الحائز قد دامت حيازته سنة كاملة قبل أن يفقد الحيازة كما يشترط ذلك في دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة على ماسرى . فأية حيازة تكون كافية ، ولو كانت حيازة لم تدم إلا يوما واحدا أو أقل كما سبق القول^(٤) .

(١) أنظر في استرداد الحيازة من الغير ولو كانت حيازة على سبيل التسامح لو كانت مرخصاً فيها من جهة إدارية : نقض مدني ٢٦ يولييه سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٧ ص ٢٥١ - شين الكوم الجزئية ١١ سبتمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٦٧ ص ١٤٨ - استئناف مخطط ١٨ يولييه سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٨ رقم ١٥١ ص ٢٩٠ .

(٢) بلانيول وريير وبيكار ٣ ققرة ٢٠٧ ص ٢١٦ - ص ٢١٧ - نقض فرنسي ٤ يولييه سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٤٧٥ .

(٣) بلانيول وريير وبيكار ٣ ققرة ٢٠٧ ص ٢١٦ - ص ٢١٧ - نقض فرنسي لأول يولييه سنة ١٨٧٤ سريه ٧٥-١-٨٢-٢٠ أغسطس سنة ١٨٩١ دالوز ٩١-١-٣٥١ .

(٤) أنظر آنفاً ققرة ٣١٧ - وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى استرداد الحيازة تقوم قانوناً على رد الاعتداء غير المشروع دون نظر إلى صفة واضح اليد ، فلا يشترط توافر فيه ذلك عند واضح اليد ولا وضع اليد مدة سنة سابقة على التعرض ، ويصح رفضه من ينوب عن غيره في الحيازة ، ويكفي لقبولها أن يكون لراضا حيازة مادية حالة تجعله يد متصلة اتصالاً فعلياً قائماً في حالة وقوع النصب (نقض مدني ٩ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٢ ص ٦٢) - وانظر مصر الكلي ١٠ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة رقم ٨٧ ص ١١٧ - نقض فرنسي سنة ١٩٣٢ جازيت دي باليه ١-١٩٣٢ - ٧٩٠ - أوبري ورو ٢ ققرة ١٨٩ ص ٢٤١ - بلانيول وريير وبيكار ٣ ققرة ٢٠٧ ص ٢١١ .

٣٢. — المرمى عليه في رهوى استرداد الحيازة : والمدعى عليه في دعوى

استرداد الحيازة هو الشخص الذى ينتزع الحيازة من الحائز بالقوة (violence) أو بالنصب (voie de fait) علناً أو خفية (١). فيشترط إذن أن يكون العمل الذى صدر من المدعى عليه : (١) هو عمل عدوانى (acte agressif) . وقد يكون هذا العمل العدوانى من الأعمال التى تعتبر جريمة فى القانون الجنائى ، ولكن ليس من الضرورى أن يكون كذلك ، فيمكن أن يكون عملاً غير مشروع من الناحية المدنية . والمهم أن يكون اعتداءً إيجابياً يقع على حيازة الحائز ، ويكون من شأنه أن يعكر السلام ويخل بالأمن العام ويبرر حق الدفاع الشرعى . فالمدعى عليه ، فى إثباته لهذا العمل ، يكون فى موقف من يأخذ حقه بيده دون أن يلجأ إلى القضاء (٢) . وهذا هو المحور الذى تدور عليه دعوى استرداد الحيازة ، فهى جزء حق على هذا العمل العدوانى بقدر ما هى حماية فعالة للحائز فى حيازته . وليس يلزم أن يكون العمل العدوانى منظوفاً على القوة والنفوذ وإن كان هذا هو الغالب ، بل يمكن أن يستولى المعتدى على العقار غصباً وقهراً ، أو خلسة دون علم الحائز ، بحيث يقوم عقبة أمام الحائز فى حيازته لا يستطيع تخطيها إلا إذا التجأ إلى العنف (٣) (٤) . ويجب أن يكون

(١) وقد قضى بأن النصب فى دعوى استرداد الحيازة يمكن فيه توجيهه إلى العقار ذاته ، دون حاجة إلى أن يكون الحائز محل اعتداء ، فالاستيلاء خلسة يقوم مقام النصب (أسبوت الكلية ٢٦ يناير سنة ١٩٢٨ المجلد ٩ رقم ٧٣ ص ١١٩) . وقضى بأنه يجوز أيضاً أن يكون الاختصاب عينياً محل أعمال النشر والتدليس وبغير رضا من النصب منه العقار (نقض مدنى ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب القضى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٧ رقم ٨) . وإذا أدخل إنسان آخر فى عقار تحت حيازته تساعماً ، وكان هذا الأخير يظن نية التصاحب ، فلا يعتبر به وقوع الاختصاب إلا من يوم وضوح هذه النية ، وكذلك إذا كان الاختصاب خفية فلا تبدأ المناقشة لرفع الدعوى إلا من يوم ظهورها لعيان (بنى سوهف الكلية ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجلد ٩ رقم ١٦٧ ص ٢٦٨) . وقضى بأن تعتبر دعوى استرداد الحيازة مقبولة إذا كانت ناشئة من نزاع إلهى ، بموجب حكم قضائى ، متى كان هذا الحكم غير ملزم قانوناً لحائز العقار ، حتى لو كان الحكم صادراً لمجرد تنفيذ حكم بتعيين حارس قضائى حل العين (استئناف مخطوط ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المجلد ١٤ رقم ٢٠٦ ص ٢٩٩) .

(٢) بلانويول وريير ويكار ٣ ققرة ٢٠٨ ص ٢١٧ - مازو ققرة ١٤٦٦ .

(٣) قضى مدنى ٢٦ يونيو سنة ١٩٣٣ مجموعة المكتب القضى لأحكام النقض ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٨ رقم ١٦١ - ٢٢ أكتوبر ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٩ رقم ١٦٧ - ٤ مايو سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة ١ ص ٦٤٨ رقم ١٦٤ - ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ١ ص ٦٤٨ رقم ١٦٢ - ٩ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٢ ص ٦٢ . بلانويول وريير ويكار ٣ ققرة ٢٠٨ .

هذا العمل العدواني قد وقع في العقار ذاته الذي هو في حيازة الحائز ، أما إذا وقع في عقار المعتدى فان ذلك لا يكفي لرفع دعوى استرداد الحيازة ، وإن كان يكفي لرفع دعوى منع التضرر أو دعوى وقف الأعمال الجديدة (١) .

(٣) ويجب أخيراً أن يكون هذا العمل العدواني قد انتهى إلى انتزاع الحيازة من الحائز ، بحيث لا يصبح في مكتة الحائز أن يستعيد هذه الحيازة دون أن يقف هذا العمل أمامه عقبة تحول دون ذلك (٢) .

وليس يلزم أن يكون المدعى عليه انذى ارتكب هذا العمل العدواني سيء النية ، فقد يكون معتقداً بحسن نية ، بل قد يكون على حق في اعتقاده ، بأن العقار الذي انتزع حيازته هو عقار مملوك له . ولكنه مع ذلك يكون قد أخطأ في تعمله أن يأخذ حقه بيده بدلاً من أن يلجأ إلى القضاء ، ومن ثم يكون انتزاعه الحيازة عملاً عدوانياً يوجب قبل كل أمر آخر أن ترد الحيازة إلى الحائز *(spoliatus ante omnia restituiendus)* . ثم ينظر بعد ذلك ، بالوسائل التي قررها القانون ، — من الخصمين له الحق في ملكية العقار ، أو له الحق في حيازته (٣)

ولا يجوز للمدعى رفع دعوى استرداد الحيازة إذا كان مرتبطاً مع المدعى عليه بعقد وكان انتزاع الحيازة يدخل في نطاق هذا العقد ، فالواجب في هذه

(١) نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة الكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول من ٦٤٨ رقم ١٦٥ - نقض فرنسي ١٢ يناير سنة ١٩٤٠ جازيت دي باليه ١٩٤٠ - ١ - ٤٢٤ - بلانيول وريبير وييكار ٣ ققرة ٢٠٨ من ٢١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى استرداد الحيازة تستلزم بطبيعتها وقوع أعمال منف وقوة مادية تكون قد سلبت حيازة مادية أيضاً . وهي هذه المثابة لا يمكن أن يكون موضوعها إعادة مسبق أو مصرف ههما المدعى عليه ويرى المدعى أن له حق ارتفاق عليها ، إذا كانت المسق أو مصرف اللذان هما محل الاتفاق مقطوعاً بأنهما في يد المدعى عليه (نقض مدني ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٨٠ من ١١٦٧) .

وانظر نقض فرنسي ١٥ يونيو سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٩ - ١ - ٢٨٣ - ٤ يونيو سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٤٧٥ - أوبري ورو ٢ ققرة ١٨٩ من ٢٤٢ - من ٢٤٣ - بلانيول وريبير وييكار ٣ ققرة ٢٠٨ من ٢١٨ .

(٣) قرب أوبري ورو ٢ ققرة ١٨٩ من ٢٤٤ - من ٢٤٥ - وتنص المادة ١١٥٠ / ٣ مدني عراق على مايلي : « وإذا لم يلجأ من انتزعت منه الحيازة إلى الطرق القانونية بل استرد حيازته إكراهاً وتقليباً ، وطالب الطرف الآخر بإعادة يده السابقة ، حكم بإعادة يده والحائز الأول به ذلك أن يلجأ إلى الطرق القانونية لاسترداد حيازته » (انظر آتفاً من ٩١٢ ملحق ١) .

الحالة أن يلجأ المدعى إلى دعوى العقد ، لا إلى دعوى استرداد الحيازة ، للإلزام المدعى عليه بمراعاة شروط العقد^(١) .

وإذا انتقلت حيازة العقار المقتصد من المقتصد إلى الغير ، سواء كان الغير خلفا عاما كالوارث أو خلفا خاصا كالمشتري ، فإن خلف المقتصد الذى انتقلت إليه الحيازة يكون هو المدعى عليه فى دعوى استرداد الحيازة^(٢) . ويستطيع المدعى أن يسترد منه حيازة العقار بهذه الدعوى ، حتى لو كان الخلف حسن النية لا يعلم أن سلفه قد اغتصب حيازة العقار . وتنص المادة ٩٦٠ صراحة على هذا الحكم ، إذ تقول كما رأينا^(٣) : « للحائز أن يرفع فى الميعاد القانونى دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت إليه حيازة الشيء المقتصد منه ، ولو كان هذا الأخير حسن النية » . أما فى فرنسا فدعوى استرداد الحيازة دعوى شخصية محضة لا ترفع إلا على مقتصد الحيازة نفسه ، ولا ترفع على الغير الذى انتقلت إليه الحيازة المقتصبة إلا إذا كان شريكا للمقتصد أو كان مع النية يعلم أن الحيازة التى انتقلت إليه حيازة مقتصبة^(٤) ، ومن ذلك ترى أن دعوى استرداد الحيازة فى مصر تنطوى على شيء من العينية ، فهى إلى أنها جزاء على الاغتصاب فى ذاته تعتبر كذلك حماية للحيازة ، فيجوز عن طريقها للحائز أن يسترد حيازته ، لا من المقتصد فحسب ، بل أيضا من الغير الذى نقل إليه المقتصد الحيازة ولو كان هذا الغير حسن النية .

٣٢١ — المادة التى ترفع فى محلها دعوى استرداد الحيازة : تنص المادة

١/٩٥٨ مدنى ، كما رأينا^(٥) ، على أن « للحائز العقار ، إذا فقد الحيازة ،

(١) نقض فرنسى أول فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت دى باليه ١٧ مارس سنة ١٩٢٢ ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعى ١٩٢٩ - ٤٨٩ - ١٨ يناير سنة ١٩٤٩ سبويه ١٩٥٠ - ١ - ١٤٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فترة ٢٠٩ ص ٢١٩ - أنسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ action possessoire - فترة ١٦٣ - فترة ١٦٧ - وانظر فيما يتعلق بدعوى منع التمرش مايلى فترة ٣٣٥ .

(٢) استئناف مخطط ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٠٣ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢١ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٠ .

(٣) أنظر آنفاً فترة ٣١٨ .

(٤) أوبرى ورو ٢ فترة ١٨٩ ص ٢٤٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فترة ٢٠٩ .

(٥) أنظر آنفاً فترة ٣١٨ .

أن يطلب خلال السنة التالية لفقدائها ردها إليه . فإذا كان فقد الحيازة خفية ، بدأ سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك . فيجب إذن أن ترفع دعوى استرداد الحيازة في خلال سنة واحدة تسرى من وقت انتزاع الحيازة من الحائز إذا كان هذا الانتزاع بالقوة أو بالغصب علانية ، إذ يكون الحائز عالماً في هذه الحالة بوقت انتزاع الحيازة منه . أما إذا كان انتزاع الحيازة وقع خلسة دون أن يعلم به الحائز وقت وقوعه ، فإن السنة التي يجب أن ترفع في خلالها دعوى استرداد الحيازة تسرى من وقت أن ينكشف ذلك ، أى من وقت أن يعلم الحائز بانتزاع الحيازة منه ^(١) .

ومدة السنة هذه مدة سقوط (délai de déchéance) لأمدة تقادم (délai de prescription) ، فإذا لم ترفع دعوى استرداد الحيازة في خلالها لم يجوز رفعها بعد انقضاء السنة ، والدعوى التي ترفع بعد انقضاء هذه المدة لا يجوز قبولها . ولما كانت مدة السنة مدة سقوط ، فإنه يترتب على ذلك أنها تسرى على غير كامل الأهلية من قاصر ومحجور عليه وعلى الغائبين . ويترتب على ذلك أيضاً أنها لا توقف ، ولا تنقطع . وهذا هو الرأى المعمول به في فرنسا ، وإن كانت محكمة النقض الفرنسية قضت في بعض أحكامها بأن مدة السنة التي يجب أن ترفع في خلالها دعاوى الحيازة هي مدة تقادم لا مدة سقوط ، فبرد عليها الوقف والانقطاع ^(٢) .

(١) والمسمى هو الذى يقع عليه عبء إثبات أنه رفع دعواه في مدة السنة (نقض فرنسي ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٩١ سيرة ٩٢ - ١ - ١٨٣ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ١٩٩) . فإذا لم يرفع المسمى دعوى استرداد الحيازة في مدة السنة ، يق منتزع الحيازة مستقبلاً إليها ، فأصبح هو نفسه سائراً تحمى حيازته بجميع دعاوى الحيازة لأنها استمرت سنة كاملة . وتقول المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى في هذا الصدد : «دعوى استرداد الحيازة ، ويستطيع الحائز أن يسترد بها حيازته من اغتصبها . ويشترط أن ترفع الدعوى في السنة التالية لانتزاع الحيازة كرهاً ، أولكشف انتزاعها خلسة . وترفع ضد من انتزع الحيازة ، لو من خلقه ولو كان حسن النية . على أن الحائز الذى يرفع دعوى استرداد الحيازة يجب أن يكون هو نفسه قد استمرت حيازته سنة كاملة على الأقل ، فإن لم تكن قد استمرت هذه المدة وانتزعت منه ، فإن كان لم يستردها في خلال السنة ، كان من انتزع الحيازة هو الحائز وهو الذى تحمى حيازته لأنها بقيت سنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٩) .

(٢) نقض فرنسي ٢٣ فبراير سنة ١٨٨٠ سيرة ٨٠ - ١ - ٤٢٤ - ٣ أبريل سنة ١٩٠٦ سيرة ١٩٠٧ - ١ - ٤١٧ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ جازيت دى باليه ١٩٣٩ - ١ - ١٧٨ - وانظر مارتى وريونو فقرة ٢١٢ أنسيكلو بيدي دالوز ١ لفظ action possessoire فقرة ٥٦ .

٣٢٢ — ما يحكم به دعوى استرداد الحيازة - أحوال أربع : أما الذى يحكم به القاضى فى دعوى استرداد الحيازة ، إذا توافرت شروطها على النحو الذى بسطناه ، فيختلف باختلاف الأحوال . وهناك أحوال أربع يجب ، فى هذا الصدد ، تمييزها بعضها عن بعض : (الحالة الأولى) إذا كان المدعى الذى إنترعت منه الحيازة قد دامت حيازته مدة لا تقل عن سنة . (الحالة الثانية) إذا كانت حيازة المدعى لم تدم سنته كاملة ولكن المدعى فقد الحيازة بالقوة (violence) . (الحالة الثالثة) إذا كانت حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولم يفقد المدعى الحيازة بالقوة (بل فقدوها غصبا أو خلسة) ولكن المدعى عليه لا يستند إلى حيازة أحق بالفضل . (الحالة الرابعة) إذا كانت حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولم يفقد المدعى الحيازة بالقوة ولكن المدعى عليه يستند إلى حيازة أحق بالفضل .

٣٢٣ — الحالة الأولى - حيازة المدعى دامت مدة لا تقل عن ستة : ويلاحظ فى هذه الحالة أن المدعى كان يستطيع رفع دعوى منع التعرض ، لأن حيازته دامت مدة لا تقل عن سنة . وإنما لجأ إلى دعوى استرداد الحيازة لأن الاعتداء على حيازته لم يقتصر على مجرد التعرض لها ، بل انتهى إلى إنتزاعها منه عنفا أو غصبا أو اختلاسا ، فليس له بد من رفع دعوى استرداد الحيازة .

فاذا ما رفعها قضى له برد حيازته إليه ، وبإعادة العقار إلى أصله إن كان المدعى عليه قد أحدث فيه تغييرا . فإن كان قد أقام فيه بناء جديدا قضى بهدمه ، أو هدم بناء كان موجودا قضى بإعادته (١) . ويستطيع القاضى أن يحكم على المدعى عليه بغرامة تهديدية ، ليحمله على تنفيذ ما قضى عليه به . كذلك يحكم القاضى بتعويض على المدعى عليه عما سببه من أضرار للمدعى بسبب التعدى على حيازته ، وذلك طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية (٢) .

(١) وذلك ما لم يكن المدعى عليه موجهة الإدارة ، وكانت هذه الجهة بأشغال عامة travaux publics فى العقار ، فلا يجوز القضاء بهدم هذه الأشغال أو بإعادة الأرض إلى حالتها الأصلية ، لأن هذا يتطلب حل تحليل لتنفيذ قرار إدارى ولا ولاية للقضاء فى ذلك (بلائيول وريير ويكلو ٣ ققرة ٢١٠ - وانظر فيما يتعلق بدعوى منع التعرض مايل ققرة ٢٢٢) .

(٢) لوبريورو ٢ ققرة ١٨٩ ص ٢٤٥ - بلائيول وريير ويكلو ٢ ققرة ٢١٠ .

والحكم الذى يصدر برد الحيازة إلى المدعى ، فى الحالة التى نحن بصددناها ،
 برد الحيازة إليه وكأنها لم تنقطع مدة انتزاعها منه . والمفروض أن المدعى
 قد دامت حيازته قبل انتزاعها مدة لا تقل عن سنة ، فعند ما ترد إليه الحيازة
 تعتبر هذه الحيازة دائمة لم تنقطع ، فتكون قد دامت أكثر من سنة . وعلى ذلك
 يستطيع دفع الاعتداء عنها بجميع دعاوى الحيازة ، لأنها دامت سنة بل أكثر
 كما سبق القول . ومن ثم يستطيع أن يرفع دعوى استرداد الحيازة من جديد
 فيها إذا انتزعت منه الحيازة مرة أخرى .

٣٢٤ — الحالة الثانية - حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولكن

الحيازة انتزعت بالقوة : فى هذه الحالة لا يكون للمدعى دعوى منع التعرض
 لو وقع اعتداء على حيازته دون أن تنتزع منه هذه الحيازة ، لأن الحيازة لم تدم سنة
 كاملة وشرط دعوى منع التعرض أن تلبس الحيازة هذه المدة كما سبى .

ولكن المفروض فى هذه الحالة أن الحيازة قد انتزعت من المدعى بالقوة
 (violence) ، لذلك يكون له رفع دعوى استرداد الحيازة بالرغم من أن
 حيازته لم تدم سنة كاملة ، لأنه لا يشترط فى هذه الحالة أن تكون الحيازة قد
 دامت هذه المدة ، وتكون دعوى استرداد الحيازة هنا جزءا على انتزاع الحيازة
 بالقوة ، أى دعوى مسئولية تقصيرية أكثر منها دعوى لحماية الحيازة . وتنص
 الفقرة الثانية من المادة ٩٥٩ مدنى ، كما رأينا (١) ، فى هذا الصدد على ما يأتى :
 « أما إذا كان فقد الحيازة بالقوة ، فللحائز فى جميع الأحوال أن يسترد خلال
 السنة التالية حيازته من المعتدى » .

وعلى ذلك يقضى للمدعى برد حيازته إليه ، وبإعادة العقار إلى أصله ،
 وبالغرامة التهديدية ، شأن المدعى فى هذه الحالة شأنه فى الحالة الأولى . ويقضى
 له كذلك بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب انتزاع حيازته منه ، ويلاحظ
 هنا بوجه خاص استعمال المدعى عليه للقوة فى انتزاع الحيازة .

والحكم الذى يصدر برد الحيازة فى هذه الحالة يقتصر على رد الحيازة
 المادية إلى المدعى موقتا ، دون أن يحسم النزاع فيمن له حق الحيازة القانونية .
 فيجوز للمدعى عليه ، بعد أن يرد الحيازة للمدعى ، أن يعود فيرفع هو دعوى

(١) انظر آتقا فقرة ٣١٨ .

استرداد الحيابة على المدعى ، إذا استطاع رخصها في الميعاد القانونى وأثبت أن المدعى كان قد سبق له أن انتزع منه الحيابة . فإذا نجح في دعواه واسترد الحيابة ، كان له أيضا أن يرفع دعوى منع التعرض أو دعوى وقف الأعمال الجديلة إذا توافرت شروط أى دعوى منها (١) .

٣٢٥ — الحانة الثالثة - حيابة المدعى لم تدم ستة كاملة ولم تنتزع

بالقوة ولكنه المدعى عليه لا يستند إلى حيابة أخرى بالتفضيل : في هذه الحالة الثالثة لم تدم حيابة المدعى ستة كاملة ولم تنتزع منه بالقوة ، حتى يحق له رفع دعوى استرداد الحيابة كما كان يفعل في الحالتين الأولى والثانية . ولكن القانون يعطيه مع ذلك حق رفع دعوى استرداد الحيابة ، لأن المدعى عليه الذى انتزع منه الحيابة لا يستند هو نفسه إلى حيابة أحق بالتفضيل .

وهنا تعتمد الفقرة الأولى للمادة ٩٥٩ مدنى إلى وضع قواعد للمفاضلة بين حيابة وأخرى ، وهى قواعد تشبه القواعد التى وضعها القضاء الفرنسى لإثبات حق الملكية ، إذ هى مثلها تميز بين صور ثلاث : صورة ما إذا وجد سند قانونى عند كل من الخصمين ، وصورة ما إذا لم يوجد سند قانونى عند أى من الخصمين ، وصورة ما إذا وجد سند قانونى عند أحد الخصمين دون الآخر . وقد سبق بسط هذه القواعد فيما يتعلق بإثبات حق الملكية (٢) ، والآن نعرض لنظائرهما فيما يتعلق بالمفاضلة بين حيابة وأخرى . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٥٩ مدنى ، كما رأينا (٣) ، على أنه « إذا لم يكن من فقد الحيابة قد انقضت على حيازته ستة وقت فقدها ، فلا يجوز أن يسترد الحيابة إلا من شخص لا يستند إلى حيابة أحق بالتفضيل . والحيابة الأحق بالتفضيل هى التى تقوم على سند قانونى . فإذا لم يكن لدى أى من الحائزين سند ، أو تعادلت سنداهم ، كانت الحيابة الأحق هى الأسبق فى التاريخ » . ويستخلص من النص سالف الذكر أنه إذا أريدت المفاضلة بين حيازتين ، وجب التمييز بين الصور الآتية : (١) إذا قامت كل من الحيازتين على سند قانونى ، كأن يتمسك

(١) لوهرى ودو ٢ فقرة ١٨٩ ص ٢٤٥ - بلانيول وويرير ويكار ٢ فقرة ٢١٠ .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٣٧٦ - فقرة ٣٨٠ .

(٣) أنظر آتفا فقرة ٣١٨ .

المدعى بسند بيع صادر له من شخص فى حين أن المدعى عليه يتمسك بسند بيع صادر له من شخص آخر ، فضلت الحيازة الأسبق فى التاريخ سواء كان سندها سابقا على سند الحيازة الأخرى أولا حقا له . (٢) إذا لم يتم أى من الحيازتين على سند قانونى ، فإن الحيازة الأسبق فى التاريخ هى التى تفضل هنا أيضا . (٣) إذا قامت إحدى الحيازتين على سند قانونى ولم يتم الحيازة الأخرى على سند مقابل ، فضلت الحيازة التى تقوم على سند قانونى سواء كانت سابقة على الحيازة الأخرى أولا حقه لها .

ونطبق هذه القواعد فى الحالة الثالثة التى نحن بصدددها . فإذا كان المدعى عليه فى دعوى استرداد الحيازة لم يثبت أنه كان يحوز العقار حيازة أحق بالتفضيل من حيازة المدعى ، فلم يثبت أن حيازته تقوم على سند قانونى فى حين أن حيازة المدعى لا تقوم على سند مقابل ، أو لم يثبت أن حيازته أسبق فى التاريخ فى حين أن كلا من الحيازتين يقوم على سند قانونى أولا يقوم أى منهما على هذا السند ، كسب المدعى الدعوى ، وقضى برد الحيازة إليه ، وبإعادة العقار إلى أصله ، وبإزالة التهديدية ، وبالتعويض ، كما هو الأمر فى الحالتين الأولى والثانية . وإذا ردت الحيازة إلى المدعى ، بقيت مستقرة عنده لأن المدعى عليه لم يثبت أنه كان يحوز العقار حيازة أحق بالتفضيل . وإذا أراد المدعى عليه أن يسترد العقار من المدعى ، لم يكن أمامه لاسترداده إلا أن يرفع دعوى الملكية على المدعى لأن هذا هو الحائر . فيصبح المدعى عليه فى دعوى استرداد الحيازة مدعىا فى دعوى الملكية ، ويحمل عبء إثبات حق ملكيته للعقار .

٣٢٦ — الجزء الرابعة - حيازة المدعى لم تدم ستة شهور كاملة ولم تنتزع

بالقرة ولكن للمدعى عليه يستند إلى حيازة أمم بالتفضيل : فى هذه الحالة الرابعة لم تدم حيازة المدعى ستة شهور كاملة ولم تنتزع منه بالقوة ، فليس له أن يسترد حيازته لأحد هذين السببين . ثم إن المدعى عليه يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل ، فيفضل عليه ، ولا يستطيع المدعى أن يسترد منه الحيازة . وهذه الحالة الرابعة هى الحالة الوحيدة بين الحالات الأربع التى فيها لا يستطيع المدعى أن يسترد الحيازة ، بالرغم من أن الحيازة قد انتزعت منه غصبا أو خلسة ، ما دامت

لم تقترع منه بالقوة ، وما دامت حيازة المدعى عليه أحق بالترتيب (١) .
 ويحمل المدعى عليه عبء إثبات أن حيازته أحق بالترتيب . وعليه أن
 يثبت ، إذا قام كل من الحيازتين على سند قانوني أو لم يقدّم أى منهما على هذا
 السند ، أن حيازته أسبق في التاريخ من حيازة المدعى . وكذلك تكون حيازته
 أحق بالترتيب ، إذا هو أثبت أنها تقوم على سند قانوني ، ولم يثبت المدعى
 أن حيازته تقوم هي أيضا على سند قانوني .

فاذا أثبت المدعى عليه أن حيازته أحق بالترتيب على الوجه سالف الذكر ،
 لم يقض ببرد الحيازة إلى المدعى ، وبقي المدعى عليه مستمرا في الحيازة التي
 انتزعها لأنها حيازة أحق بالترتيب كما سبق القول . وإذا أراد المدعى أن
 يسترد العقار ، فليس أمامه إلا أن يرفع دعوى الملكية بعد أن أخفق في دعوى
 استرداد الحيازة . وفي دعوى الملكية يبقى المدعى عليه وقد استقر في حيازته
 هو المدعى عليه كما كان في دعوى استرداد الحيازة ، ويقع عبء إثبات الملكية
 على المدعى . فاذا استطاع أن يثبت ملكيته استرد العقار بالرغم من أن حيازة
 المدعى عليه أحق بالترتيب ، وإذا لم يستطع إثبات ملكيته بقي العقار في يد
 المدعى عليه بعد أن أثبت أن حيازته أحق بالترتيب .

٣٢٧ — التكييف القانوني لدعوى استرداد الحيازة : ودعوى استرداد

الحيازة في القانون المصري ، على النحو الذي قلناه ، هي دعوى تراوح
 بين أن تكون دعوى وضعت جزاء لعمل غير مشروع هو انتزاع الحيازة
 فهي دعوى من دعاوى المسؤولية ، وبين أن تكون دعوى وضعت لحماية
 الحيازة فهي دعوى من دعاوى الحيازة . وهذا بخلاف القانون الفرنسي ،
 فدعوى استرداد الحيازة في هذا القانون أقرب إلى أن تكون دعوى شخصية
 من دعاوى المسؤولية وضعت جزاء على عمل غير مشروع هو انتزاع الحيازة ، من
 أن تكون دعوى عينية من دعاوى الحيازة وضعت لحماية الحيازة في ذاتها (٢)

(١) ولا يعرف القانون الفرنسي هذه الحالة ، بل إنه يقضي ببرد الحيازة إلى المدعى متى
 أثبت أن حيازته انتزعت منه ولو بغير القوة ، ولو خلسة ، دون أن يفاضل بين حيازة المدعى
 وحيازة المدعى عليه كما يفاضل المقتنين المصري فيما رأيناه .

(٢) أنظر في التكييف القانوني لدعوى استرداد الحيازة في القانون الفرنسي : أوبري
 ودر ٢٢٩ ص ١٨٩ - ٢٤٠ ص - بلانوي وريبير وبيكار ٣٢٦ ص ٢١٤ -
 ٢١٥ - كولان وكاييتان ودولاموراندنيير ١٢٠٥ - مازو وققرة ١٤٦٦ - ققرة
 ١٤٦٧ - مارتى ودينو ققرة ٢١٦ - أنسيكلو ييلس دالوز لفظ *action possessoire* ققرة

أما أن دعوى استرداد الحيازة في القانون المصري تشارك دعاوى المسؤولية، فإن هذا يظهر في نواح متعددة : (١) فهي ترد الحيازة حتى للحائر العرضي الذي لا يجوز لحساب نفسه بل يجوز لحساب غيره ، فيكفي أن يكون للشخص مجرد سيطرة مادية على الشيء ، فإذا انتزعت منه هذه السيطرة كان هذا عملاً غير مشروع جزاؤه رد هذه السيطرة لمن كانت له من قبل عن طريق دعوى استرداد الحيازة . (٢) وكذلك الحال فيما لو قامت الحيازة على عمل من أعمال التسامع أو على ترخيص إداري يجوز الرجوع فيه في أي وقت ، فأننا لا نكون بصدد حيازة بالمعنى الصحيح بل بصدد مجرد سيطرة مادية . ومع ذلك إذا انتزعت هذه السيطرة من صاحبها ، كان هذا أيضاً عملاً غير مشروع ، وجاز أن ترد هذه السيطرة إلى من كانت له من قبل ، عن طريق دعوى استرداد الحيازة . (٣) وإذا اكتمل للحيازة عنصرها فأصبحت حيازة قانونية، ولكنها لم تستقر استقراراً كافياً بأن لم تدم مدة سنة كاملة، فإن انتزاعها بالقوة يعتبر كذلك عملاً غير مشروع ، وتكون دعوى استرداد الحيازة هنا أيضاً جزاء على القوة التي استعملت في نزع الحيازة . ورد الحيازة إلى صاحبها في هذا القرض أقرب إلى أن يكون جزاء على عمل غير مشروع هو القوة التي استعملت ، من أن يكون حماية لحيازة لم تستقر ولم تدم مدة كافية .

وأما أن دعوى استرداد الحيازة في القانون المصري تشارك دعاوى الحيازة، فإن هذا أيضاً يظهر في نواح متعددة : (١) فإن الحيازة إذا انتزعت بغير القوة لا ترد إلا إذا كانت قد دامت سنة كاملة ، أي كانت حيازة مستقرة دامت مدة كافية . فاللدعوى هنا أقرب إلى أن تكون دعوى من دعاوى الحيازة نحمي الحيازة المستقرة، من أن تكون جزاء على المسؤولية . (٢) ولا ترد الحيازة إذا انتزعت بغير القوة ، ولو لم تدم سنة كاملة ، من الشخص الذي انتزعها وكانت له حيازة أحق بالترتيب من حيازة المدعى . فهذا معناه أننا نفاضل بين حيازة وحيازة ، ونحمي الحيازة الأحق بالترتيب . فاللدعوى على هذا النحو أقرب إلى أن تكون دعوى من دعاوى الحيازة نحمي الحيازة الأحق بالترتيب ، من أن تكون جزاء على المسؤولية . (٣) ويجوز رفع الدعوى على من انتقلت إليه حيازة العقار المكتسب من مكتسب الحيازة ، ولو كان الأول

حسن النية (م ٩٦٠ مدني) . وقد قلّمنا في هذا الصدد أن دعوى استرداد الحيازة في مصر تنطوي على شيء من العينة ، فهي إلى أنها جزاء على الاختصاب في ذاته تعتبر كذلك حاية للحيازة ، فيجوز عن طريقه المحاضر أن يسترد حيازته من الغير ولو كان هذا الغير حسن النية (١) .

§ ٢ - دعوى منع التمرض

(La complainte)

٣٢٨ - نص قانوني : تنص المادة ٩٦١ مدني على ما يأتي :

« من حاز عقاراً واستمر حائزاً له سنة كاملة ، ثم وقع له تعرض في حيازته ، جاز أن يدفع خلال السنة التالية دعوى يمنع هذا التعرض (٢) » .
ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق (٣) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٦٥ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٥٤ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٤) .

(١) أنظر آتفاً ص ٩١٨ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤١٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٦ - ص ٤٧٧) .

(٣) ولكن أنظر م ٢٦٦قرة ثانية / ٢٩ ققرة رابعة من تقنين المرافعات السابق ، ولصها : «ويحكم (القاضي الجزئي) أيضاً في الدعوى الآتية بينها ويكون حكمه انتهاياً : (ثالثاً) الدعوى المتعلقة بالنزاع في وضع اليد على العقار المينة على فعل صادر من المدعى عليه لم تحضر عليه سنة قبل رفع الدعوى » .

(٤) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل (ولكن أنظر تقنين المرافعات السوري) .

التقنين المدني الليبي م ٩٦٥ (طابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٥٤ (طابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل - ولكن أنظر تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ١٣ و م ٤٨ - ٤٩ (سبق ذكرها آتفاً ص ٩١٢ هامش ١) و م ٥١ : إن دعوى التمرض تستلزم إقامتها وجود واضح يد كان منذ سنة على الأقل متصرفاً بنفسه أو بواسطة سلفه تصرفاً جامعاً للأوصاف المينة في المادة السابقة . (وهذا الحكم يوافق حكم التقنين المصري) .

وهذا النص يعرض لدعوى منع التعرض ، وهى دعوى الحيازة الرئيسية ، إذ هى تحمى الحيازة فى ذاتها وهى الحيازة الأصلية دون الحيازة العرضية . ولذلك تتميز عن دعوى استرداد الحيازة ، فقد رأينا أن هذه الدعوى الأخيرة تحمى الحيازة العرضية كما تحمى الحيازة الأصلية ، وأنها تراوح بين أن تكون دعوى شخصية من دعاوى المسئولية ودعوى مستقلة من دعاوى الحيازة . أما دعوى منع التعرض التى نحن بصددها فلا تحمى إلا الحيازة الأصلية وبشرط أن تستمر مدة سنة كاملة على الأقل ، ولذلك تتمحض دعوى حيازة ، بل هى دعوى الحيازة المثل .

ونبج فى شأنها ، كما بحثنا فى شأن دعوى استرداد الحيازة ، المسائل الآتية : (١) المدعى فى دعوى منع التعرض . (٢) المدعى عليه فى هذه الدعوى . (٣) المدة التى ترفع الدعوى فى خلالها . (٤) ما يحكم به القاضى فى هذه الدعوى .

٣٢٩ — المدعى فى دعوى منع التعرض : المدعى فى دعوى منع التعرض هو الحائز للعقار . ويجب عليه أن يثبت هنا ، كما رأينا أنه يجب عليه أن يثبت فى دعوى استرداد الحيازة (١) ، أنه وقت أن وقع التعرض له كان حائزاً للعقار (٢) حيازة خالية من اللبوس ، أى حيازة مستمرة علنية هادئة (٣) .

(١) أنظر آتياً فقرة ٣١٩ .

(٢) وإذا كانت الحيازة على الشيوخ ، فالحائز على الشيوخ أن يرفع دعوى وضع اليد على شركائه الذين ينكرون عليه سق فى الاقتراح بمظاهر مادية تخالف حقوق الشركة فى الشيوخ (٣) نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة المكتب الفنى لأحكام التقضى فى ٢٥ طاماً جزء أول من ٦٤٧ رقم ١٥٦ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء أول من ٦٤٧ رقم ١٥٩ - ٤ مايو سنة ١٩٤٤ نفس المجموعة جزء أول من ٦٤٨ رقم ١٦٠ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ نفس المجموعة جزء أول من ٦٤٧ رقم ١٥٨ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة جزء أول من ٦٤٧ رقم ١٥٧) - وانظر لمختلف غلط ١٩ يونيو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٥٤ . (٣) وقد قضت محكمة التقضى بأنه إذا نصب شخص ألياناً وحكم عليه ببرد حيازتها ، فحيازته إياها من وقت تقديم الشكوى الإدارية فيه إلى وقت تنفيذ الحكم الذى صدر عليه لا تعتبر حيازة هادئة . فلا يصح التمسك بها فى دعوى منع التعرض قبل صاحب اليد الذى حصل له تعرض جديد من الناصب ، والذى توافقت فى وضع يده الشروط اثباتونية (نقض مدنى ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام التقضى فى ٢٥ طاماً جزء أول من ٨٧ رقم ٩) .

غير غامضة (١)

ويجب عليه أيضا أن يثبت ، خلافا لما قررناه في دعوى استرداد الحيازة (٢) أن حيازته حيازة أصيلة لاحيافة عرضية ، أى أنه يجوز لحساب نفسه لا لحساب غيره . فلا يجوز ، إذا وقع تعرض على حق الملكية ، أن يدفعه بدعوى منع التعرض من لم يكن حائرا بلحق الملكية لحساب نفسه . وعلى ذلك لا يجوز أن يرفع دعوى منع التعرض ، فى هذه الحالة ، صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق أو المرتن رهن حيازة أو المستأجر . فهؤلاء جميعا حائزون عرضيون بالنسبة إلى حق الملكية ، لأنهم إنما يجوزون هذا الحق لحساب غيرهم وهو المالك (٣) . والذي يرفع دعوى منع التعرض فى هذه الحالة هو المالك الذى يعتبر حائرا بلحق الملكية لحساب نفسه (٤) ، ويأشر السيطرة المادية على العقار بواسطة هؤلاء . وإنما يجوز لكل من صاحب حق الانتفاع (٥) وصاحب حق الارتفاق والمرتن رهن حيازة والمستأجر أن يرفع دعوى منع التعرض إذا وقع التعرض على الحق الذى يأشر استعماله لحساب نفسه ، فهو أصيل فى حيازته ويجوز له لحساب نفسه لا لحساب المالك (٦)

وإذا قامت الحيازة على عمل من أعمال التسامح أو على ترخيص من جهة الإدارة يجوز الرجوع فيه فى أى وقت ، فان الحيازة لا تكون عرضية إلا بالنسبة إلى المالك التسامح أو إلى جهة الإدارة المرخصة . فلا يجوز للحائز ، فى هاتين

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢١٩ - ص ٢٢٠ - بلانول وديير وبيكار ٣ فقرة ٢٠١ ص ٢٠٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣١٩ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن وضع يد المشتق فى ريع العقار الموقوف لا يبيع له رفع دعوى منع التعرض ، لأن وضع يده فى هذه الحالة لا يقرن بنية التملك (نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ١٠٦) .

(٤) ويجوز للشريك فى الشيوع وحده أن يرفع دعوى منع التعرض ضد الغير دون حاجة إلى تدخل شركائه فى الشيوع معه فى الدعوى ، بل له أن يرفع هذه الدعوى ضد شركائه أنفسهم إذا تعرضوا لحيازته فى الشيوع بأعمال تتعارض مع هذه الحيازة (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٦) .

(٥) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢١٧ .

(٦) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢١٦ - ص ٢١٧ - بلانول وديير وبيكار ٣

فقرة ٢٠١ .

الحالتين ، أن يرفع دعوى منع التعرض على المالك نفسه أو جهة الإدارة نفسها إذا تعرض أحد منهما لحيازته (١) . وفيما علنا هذين تعتبر الحيازة حيازة أصيلة تبيح رفع دعوى منع التعرض ، فيستطيع الحائر ، إذا تعرض له في حيازته غير المالك أو غير جهة الإدارة ، أن يدفع هذا التعرض بدعوى منع التعرض . فالعرضية التي ترجع إلى قيام الحيازة على عمل من أعمال التسامح أو على ترخيص من جهة الإدارة عرضية نسبية لا مطلقة ، ولا يتمسك بها إلا المالك المتسامح أو جهة الإدارة المرخصة (٢) كما سبق القول .

ولا يشترط لرفع دعوى منع التعرض ، كما لا يشترط لرفع دعوى إسترداد الحيازة (٣) ، أن يكون الحائر حسن النية ، فللحائر رفع دعوى منع التعرض حتى لو كان سيء النية .

وكما تتميز دعوى منع التعرض عن دعوى إسترداد الحيازة في أن الحيازة في الدعوى الأولى يجب أن تكون حيازة أصيلة لا حيازة عرضية على النحو الذي بسطناه فيما تقدم ، كذلك تتميز الدعوى الأولى عن الدعوى الثانية في أن الحيازة في الدعوى الأولى يجب أن تكون حيازة مستقرة ، أي حيازة دامت مستمرة علنية هادئة غير غامضة مدة سنة كاملة على الأقل . وشرط دوام

(١) وقد رفضت محكمة النقض دعوى منع التعرض لحيازة قامت على أعمال التسامح إذا رفضت الدعوى من الحائر على المالك المتسامح ، فقضت بأنه متى كان الحكم المطعون فيه ، وهو بسبيل تحقيق توافر شرائط وضع اليد ، قد استخلص من الأدلة التي ساقها أن ترك مطلات منزل الطاعة على المقار المبيع للمطعون عليه كان من قبيل التسامح من جانب البائع لهذا الأخير إذ لم يكن فيه أي اعتداء على ملكه ، وبذلك نفى نية التملك عن وضع يد الطاعة وهو ركن أساسي من أركان دعوى منع التعرض ، فإن في هذا وحده ما يكفي لإقامة الحكم برفض دعوى منع التعرض (نقض مدني ١٤ يونيو سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٦ رقم ١٤٩) .

وقد رأينا أنه ، على خلاف دعوى منع التعرض ، يجوز رفع دعوى إسترداد الحيازة حتى في هاتين حالتين ، أي ضد المالك المتسامح وجهة الإدارة المرخصة ، لأن دعوى إسترداد الحيازة لا تتطلب أن تكون الحيازة حيازة أصيلة ، بل يكفي لجواز رفضها قيام حيازة عرضية (انظر آنفاً فقرة ٣١٩) .

(٢) أوبري ورو ٢ فترة ١٨٧ ص ٢٢٠ - بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠١ ص ٢٠٩ .
(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣١٨ .

الحيازة سنة كاملة شرط مقرر بصريح النص ، فقد رأينا (١) أن المادة ٩٦١ مدني تنص على أن « من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة . . . » (٢) . وقد قدمنا أن هذا الشرط يقطع في أن دعوى منع التعرض تتمحض دعوى من دعاوى الحيازة . فهي تحمي الحيازة المستترة التي تكون قد دامت وقتا كافيا قدر بسنة كاملة (٣) . وقد نقل التقيين المدني المصبري هذا الشرط عن القانون الفرنسي ، ونقله هذا القانون بدوره عن تقاليد القانون الفرنسي القديم ، وكانت هذه تقضي بأن تكون الحيازة قد دامت سنة ويوما ، فأصبحت سنة واحدة في القانون الفرنسي (٤) . والمهم أن تكون الحيازة ، وقت وقوع التعرض ، قائمة وأن تكون قد دامت سنة كاملة على الأقل منذ أن بدأت إلى وقت وقوع التعرض . ويكفي أن يثبت المدعي أنه قد حاز العقار قبل وقوع التعرض بسنة وأنه يحوزه فعلا وقت وقوع التعرض ، حتى يفترض أنه استمر حائزا له في الفترة ما بين الزميين ما لم يثبت المدعي عليه عكس ذلك . وذلك تطبيقا لنص المادة ٩٧٦ مدني إذ تقول : « إذا ثبت قيام الحيازة في وقت سابق معين وكانت قائمة حالا ، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة ما بين الزميين ، ما لم يقيم الدليل على العكس » (٥) . فالمدعي هو الذي يحمل عبء

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٨ .

(٢) ونقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في هذا المعنى : « دعوى منع التعرض : وهذه لا تغطي إلا لمن بقيت حيازته سنة كاملة ، وترفع في خلال سنة من بدء التعرض » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٩) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٨ .

(٤) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢١ هامش ٣٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٢ ص ٢٠٩ - مازو فقرة ١٤٦٣ ص ١١٧٦ - مارتو ورينو فقرة ٢١٤ ص ٢٢٢ .

(٥) أنظر مايلي فقرة ٣٨٥ - وليس من الضروري أن تكون الأعمال المادية التي يباشرها الحائز حيازته قد وقع بعضها في خلال السنة السابقة على وقوع التعرض ، فقد قدمنا أن هذه الأعمال تتوقف على طبيعة الشيء ، فهناك أشياء تقتضي طبيعتها ألا تستعمل إلا في أوقات تتخللها فترات طويلة ، فإذا انقطع الحائز عن استعمالها في غير هذه الأوقات لم يعتبر انقطاعه هذا تخلياً منه عن الحيازة (أنظر آنفاً فقرة ٢٧٥ - وأنظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢١ - ص ٢٢٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٢) .

إثبات أن حيازته قد دامت سنة كاملة على الوجه المتقدم الذكر (١) ، وله في حساب السنة أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه ، سواء كان المدعى خلفا عاما لهذا السلف (٢) أو كان خلفا خاصا (٣) .

٣٣٠ — المدعى عليه في دعوى منع التعرض : والمدعى عليه في دعوى منع التعرض هو الشخص الذي يتعرض للمدعى في حيازته . والتعرض الصادر من المدعى عليه إما أن يكون تعرضا ماديا (trouble de fait) ، أو تعرضا قائما على تصرف قانوني (trouble de droit) . وقد ينجم التعرض عن أشغال عامة (travaux publics) ، أو عن أشغال خاصة (travaux privés) رخصت فيها جهة الإدارة . وفي جميع الأحوال لا يجوز الالتجاء إلى دعوى منع التعرض لتنفيذ عقد يربط ما بين المدعى والمدعى عليه . والأصل أن دعوى منع التعرض ترفع ضد المدعى عليه نفسه الذي صدر منه التعرض ، وقد ترفع مع ذلك ضد الغير ولو كان حسن النية . فهذه حلة من المسائل نبحثها على التعاقب .

٣٣١ — تحديد معنى التعرض الصادر من المدعى عليه : يعتبر تعديا يبيح رفع دعوى منع التعرض كل عمل مادي أو كل تصرف قانوني يتضمن ، بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر ، ادعاء يعارض به المدعى عليه حيازة المدعى (١) . فندخل المدعى عليه في أرض يحوزها المدعى من غير

(١) والمجازة واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، فإذا كان الواقع يخالف ما هو ثابت بالأوراق ، فلا حل للمكة إذا هي أبحاث دعوى منع التعرض على التحقيق وكلفت المدعى إثبات وضع يده الذي ينكره عليه خصمه ، ولو كان بيده محضر تسليم رسمي في تاريخ سابق (نقض ملف ١٥ يونيو سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاما جزء أول ص ٦٦٦ رقم ١٥٢) .

(٢) أنظر آتقا فقرة ٣٠١ .

(٣) أنظر آتقا ص ٨٩٢ هامش ٤ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨١ ص ١٣٦ هامش ٤ وقرة ١٨٧ ص ٢٢٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٢ ص ٢١٠ -

(٤) نقض فرنسي ٥ مارس سنة ١٩٠١ سيرة ١٩٠٣ - ١ - ٤٥١ - ١١ يناير سنة ١٩١٠ سيرة ١٩١٠ - ١ - ٣١٨ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٥ ص ٢٠٢ .

إذنه^(١) يعتبر تعرضاً، بل قد يصل التعرض في هذه الحالة إلى حد إخراج المدعى من الأرض وصبه حيازتها (dépossession) ويبقى الأمر مع ذلك في نطاق دعوى منع التعرض، لا في نطاق دعوى استرداد الحيازة التي تقتضى سلب الحيازة بالقوة أو بالقصبة أو خفية^(٢) كما سبق القول. وإقامة المدعى عليه حائطاً أو بناء في أرضه يسد به مطالبا لجاره، أو يمنع به التور والهواء عنه، يعتبر تعرضاً. ورعى المدعى عليه مواشيه في أرض جاره دون إذن منه، ومروره فيها مدعياً أن له عليها حق ارتفاق بالمرور، ودخوله داراً يحوزها المدعى متمسكاً بأنه استأجر هذه الدار من مالكتها أو أن له عليها حق انتفاع، كل هذه أعمال تعتبر تعرضاً للمدعى في حيازته، وتبيح لهذا الأخير رفع دعوى منع التعرض.

ويكفي أن يعارض المدعى عليه حق المدعى في الحيازة ليكون هناك تعرض

(١) أما إذا كان باذن فلا يعتبر تعرضاً. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قرر الحكم أن التعرض لم يبدأ بوضع التعرض «بجيرة» في أرض النزاع باذن صاحب الأرض لأن هذا لا يعتبر تعرضاً لحقه بل هو تأييد لهذا الحق إذ حصل شغل أرضه برضاه، وإلما يبدأ التعرض حينما يظهر شاغل الأرض أو غيره بحق يتعارض مع حقه في حيازته للأرض، فإن هذا الذي أورده الحكم صحيح في القانون (نقض مدني ٦ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٦ رقم ١٤٨).

(٢) استئناف مخطئ ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٤٥ - ١٠ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥٧ - ٢٠ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٩٤ - ٢٢ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٩٨ - ١٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٥٨ - ٢٠ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٦٤ - ١٠ فبراير سنة ١٩٢١ م ٢٣ ص ١٧٤ - وانظر أوبري ورو ٢ بقرة ١٨٧ ص ٢٢٣ - بلانويك وريبير وبيكار ٣ بقرة ١٩٨ - وقد قضى بأنه يجوز رفع دعوى منع التعرض ودعوى استرداد الحيازة في وقت واحد، وبأنه يجوز لمن رفع دعوى التعرض أن يحولها إلى دعوى استرداد الحيازة دون أن يمد ذلك طلباً جديداً (نقض فرنسي ٤ أغسطس سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٧ - ١ - ٦٦). وهذا هو ما ذهب إليه محكمة النقض في مصر، فقد قضت بأنه لا تترتب على المحكمة في أثناء نظر دعوى منع التعرض أن تعتبرها دعوى استرداد حيازة، تحكم فيها على هذا الأساس متى تبينت توافر شروطها. ذلك أنه لا تناقض ولا تناقض بين الدعوتين، لأن أساسهما واحد هو الحيازة المادية بشروطها القانونية، والفرض منهما واحد هو حماية تلك الحيازة من الاعتداء عليها (نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٢ رقم ١٢٤ ورقم ١٢٥).

واقع من المدعى عليه (١) . فلا يشترط : (١) أن يكون التعرض قد ألحق ضررا بالمدعى . فليس يلزم أن يكون كل تعرض صدر من المدعى عليه قد أحدث ضررا للمدعى ، كما ليس يلزم أن يعتبر العمل الصادر من المدعى عليه تعرضا مجرد أنه أحدث ضررا للمدعى . وفي هذه الحالة الأخيرة ، إذا كان العمل قد أحدث ضررا للمدعى دون أن يتضمن ادعاء يعارض حيازته ، لا يكون هناك محل لرفع دعوى منع التعرض ، وإنما يكون للمدعى أن يرفع دعوى التعويض (٢) . (٢) أو أن يكون التعرض غير قائم على أساس حق ثابت للمدعى عليه . فحتى لو كان المدعى عليه يستند في تعرضه إلى حق ثابت له ، فإنه يقضى عليه مع ذلك بمنع التعرض ، لأن قاضي الحيازة لا شأن له بموضوع الحق . ودعوى منع التعرض إنما تحمي الحيازة في ذاتها متى كانت ثابتة ، بصرف النظر عما إذا كان للحائر حق يستند إليه في حيازته أو ليس له هذا الحق (٣) . (٣) أو أن يكون المدعى عليه سىء النية . فحتى لو كان المدعى عليه حسن النية في تعرضه ، وكان بالرغم من أنه ليس له حق يستند إليه في تعرضه يعتقد بحسن نية أن له هذا الحق ، فإنه يقضى عليه مع ذلك بمنع التعرض . ذلك بأن دعوى منع التعرض إنما تحمي الحيازة في ذاتها متى كانت ثابتة كما قلنا ، بصرف النظر عما إذا كان المتعرض سىء النية أو حسن النية (٤) . (٤) أو أن تكون أعمال التعرض قد وقعت رأسا في العقار الذي يحوزه المدعى . فقد تقع

(١) واستفادة النزاع في وضع اليد من التشنكات والممارسات الحاصلة من مدعى الملكية هي من المسائل الموضوعية المتروكة لمطلق تقدير قاضي الموضوع ، ولا هيئة عليه لهيئة التقض (نقض منذ ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ بمجموعة المكتب التي لأحكام التقض في ٢٥ صا ٢٥ جزء أول ص ٦٤٦ رقم ١٥١) .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٣ - ص ٢٢٤ و ص ٢٢٣ حاش ٢٢ - بلانيول وريبيز وبيكار ٣ فقرة ١٩٥ - نقض فرنسي ٣ مايو سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٧ - ١ - ٤٨١ - ٥ مارس سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٣ - ١ - ٤٥٠ - ٢١ فبراير سنة ١٩٤٧ دالوز ١٩٤٧ - ٢٢٩ .

(٣) بلانيول وريبيز وبيكار ٣ فقرة ١٩٥ ص ٢٠٤ - نقض فرنسي ٥ مارس سنة

١٩٢٥ جازيت دي باليه ٩ يولييه سنة ١٩٢٥ .

(٤) أوبري ورو فقرة ١٨٧ ص ٢٢٢ - بلانيول وريبيز وبيكار ٣ فقرة ١٩٥

هذه الأعمال في عقار يجوز المدعى عليه ، أو في عقار يجوز الغير (١) .
(٥) أو أن تكون أعمال التعرض قد اقترنت بالعنف أو ارتكبت علناً . فقد تكون هذه الأعمال لم تقترن بأى عنف أو تكون قد ارتكبت خلسة وفي خفية عن المدعى ، وتبقى مع ذلك تعرضاً يجوز دفعه بدعوى منع التعرض (٢) .

٣٣٢ - التعرض المادى والتعرض القائم على تصرف قانونى :

والتعرض الصادر من المدعى عليه ، على النحو الذى بسطناه ، إما أن يكون تعرضاً مادياً أو تعرضاً قائماً على تصرف قانونى .

فالتعرض المادى هو عمل مادى من أعمال التعدى يقع على حيازة المدعى . وقد قلنا كثيراً من الأمثلة على التعدى المادى ، فإقامة المدعى عليه حافظاً أو بناء فى أرضه يسد به مطلقاً لجاره ، ورجى المدعى عليه مواشيه فى أرض جاره دون إذن منه ، ومروره فيها مدحياً أن له حق إرتفاق بالمرور ، بكل هذه أعمال تعتبر تعرضاً مادياً للمدعى فى حيازته . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان هناك تعرض مادى ، ولا معقب على تقديره من محكمة التعرض (٣) .

أما التعرض القائم على تصرف قانونى ، فيقوم على تصرف يصدر من المدعى عليه يعلن به نيته فى معارضته لحيازة المدعى . وقد يصدر هذا التصرف

(١) أوبرى ودو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٥ - بلانيول وريير ويكار ٢ فقرة ١٩٥ ص ٢٠٤ - نقض فرنسى ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٧ جازيت دى باليه ١٩٣٧ - ١ - ٧٢١ - ٢١ فبراير سنة ١٩٤٤ سبويه ١٩٤٥ - ١ - ٤٥ - ٣١ يناير سنة ١٩٥٠ جازيت دى باليه ١٩٥٠ - ١ - ٢٢٣ .

(٢) أوبرى ودو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٥ .

(٣) أوبرى ودو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٣ - بلانيول وريير ويكار ٢ فقرة ١٩٦ ص ٢٠٤ - نقض فرنسى ٥ مارس سنة ١٩٠١ سبويه ١٩٠٢ - ١ - ٤٥٠ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ سبويه ١٩٢٤ - ١ - ٨٨ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ جازيت دى باليه ١٩٣٥ - ١ - ٢٢٩ - وإذا كان هناك برهين حدة شركاء ، فلنظام أحكم حوائط حول عقاره من شأنها تضيق الممر إلى حد كبير ، كان هذا تعرضاً مادياً لباقى الشركاء (استئناف مخطط ٥ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٨٢) . وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٥٨ (إقامة السلم بسببه بمسند الأربعة داخل الممر) . وإذا أنام صاحب أرض محاذية لصفة الغير أعمالاً فى الضفة الفرض منها ، ليس بحسب حيازة ضلته ، بل أيضاً تحويل التباير إلى الضفة المقابلة ، كان هذا تعرضاً مادياً لصاحب الأرض المحاذية للضفة الأخيرة (نقض فرنسى أول ديسمبر سنة ١٨٢٩ سبويه ٣٠ - ١ - ٢٢ - أوبرى ودو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٣ عاشر ٢٣) .

خارج مجلس القضاء ، كما إذا أنذر المدعى عليه مستأجراً بدفع الأجرة له هو لا للمؤجر فيكون هذا تعرضاً لحيازة المؤجر للعين المؤجرة ، وكما إذا أنذر المدعى عليه المدعى ألا يقيم بناء في الأرض التي يحوزها هذا الأخير فيكون هذا تعرضاً لحيازة المدعى للأرض . ويعتبر كذلك تعرضاً قائماً على تصرف قانوني صادر خارج مجلس القضاء تخيير محضر من جهة الإدارة لحائز العقار فيما يختص بأعمال حيازته لهذا العقار ، وصدور قرار إداري باعتبار طريق يحوزه المدعى طريقاً عاماً . وقد يقع التعرض عن طريق نزاع في الحيازة يرفع أمام القضاء ، كرفع دعوى أو تقديم طلبات في دعوى يعارض فيها المدعى عليه حيازة المدعى ، وكذلك يعد تعرضاً لتنفيذ حكم على شخص لم يكن طرفاً في الخصومة (١) .

٣٣٣ — التعرض الناجم عنه الإشغال العامة : وقدينبج من قيام الإدارة بأشغال عامة (travanx publis) تعرض لحيازة الأفراد ، فإذا كانت

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القانون يحسب وضع اليد من كل تعرض له ، ويستوى في ذلك أن يكون التعرض اعتداء محضاً من التعرض أو بناء على حكم مرسى مزاد لم يكن واضح اليد خصصاً فيه ، إذ الأحكام لاحجية لها إلا على الخصوم ، ولا يضار بها من لم يكن طرفاً فيها ، لافرق في هذا بين حكم مرسى المزاد وغيره من الأحكام (نقض مدني ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٧ رقم ٧) . وانظر في هذا المعنى استئناف مخطط ٤ يولي سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٨ - وقضت أيضاً محكمة النقض بأن كل ما يوجه إلى واضح اليد على أساس ادعاء حق يتعارض مع حقه يصلح لأن يكون أساساً لرفع دعوى منع التعرض ، حتى لو لم يكن هناك غصب . وإذن ففي كان الطاعن قد تدخل في الدعوى التي أقامها المطعون عليه الثاني على المطعون عليه الثالث مدعياً أن له حقاً على الأرض محل النزاع في مواجهته المطعون عليه الأول الذي تدخل أيضاً في تلك الدعوى ، فإن هذا الإدعاء من الطاعن يعتبر تعرضاً للمطعون عليه الأول يميز له رفع منع التعرض (نقض مدني ٦ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤١ رقم ١١٥) . وقضت محكمة الاستئناف المختلة بأنه يعتبر تعرضاً قائماً على تصرف قانوني موجباً للدعوى منع التعرض الإنذار الملن إلى من يدعي ملكية حائط وضع يده عليه ، وقد نبه من أعلن الإنذار واضح اليد على الحائط بعدم إجراء أي تعديل في حالته يدعي أنه حائط مشترك بين الطرفين (استئناف مخطط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ المأماة ١٧ رقم ٦٢٣ ص ١٢٤٩) . وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٢ - ص ٢٠٣ وفقرة ١٨٧ ص ٢٢٨ - ص ٢٢٩ - بلانيول ، ريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٦ - أنسيكلوبيدي دالوز لفظ ١١

هذه الأشغال العامة تنهى إلى نزع ملكية الأفراد ، كلياً أو جزئياً ، دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية ، كان قاضى الحيابة المدنى مختصاً بإثبات قيام الحيابة إذا كانت متنازعا فيها ، وله كذلك أن يأمر بعدم المضى فى القيام بالأشغال العامة (١) . ولكن ليس له أن يأمر بهدم هذه الأشغال أو باعادة الأرض إلى حالتها الأصلية ، لأن هذا يتطوى على تعطيل لتنفيذ قرار إدارى ، ولا ولاية للقضاء العادى فى ذلك (٢) .

أما إذا كانت الأشغال العامة تؤدى بطريق غير مباشر إلى نزع الملكية ، كما إذا كان القانون يبيع استيلاء الإدارة على أملاك الأفراد استيلاء نهائياً دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية ، كان قاضى الحيابة المدنى مختصاً بتقرير حيابة المدعى وأنها دامت لمدة سنة ، لأن هذا يكون أساساً يستند إليه فى طلب التعويض المستحق له (٣) . ولكن لا يجوز لقاضى الحيابة أن يأمر بهدم الأشغال لأن فى هذا تعطيلاً لتنفيذ قرار إدارى (٤) ، ولا ولاية للقضاء العادى فى ذلك (٥)

٣٣٤ — التعرض للناسى و عن أشغال خاصة رخصت فيها الإدارة : أما إذا نجم التعرض عن أشغال خاصة رخصت فيها الإدارة ، كما إذا أدار شخص

- (١) مجلس الدولة الفرنسى ١١ أبريل سنة ١٨٦٣ سيريه ١٣ - ٢ - ١٨٢ .
- (٢) وقد قضت محكمة النقض بأن التعرض المستند إلى أمر إدارى اقتضته مصلحة عامة لا يصلح أساساً لرفع دعوى حيابة لمنع هذا التعرض ، وذلك لما يترتب حتماً على الحكم فى هذه الدعوى لمصلحة رافضها من تعطيل هذا الأمر ووقف تنفيذه ، وهو ما يمتنع على المحاكم بنص المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية . ولا يكون الحائز فى هذه الحالة من سبيل لرفع هذا التعرض سوى الالتجاء إلى القضاء الإدارى لوقف تنفيذ الأمر الإدارى أو إلغائه (نقض مدنى أول ديسمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢٥٤ ص ١٧٦٢) . وانظر بلانويول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٩٩ ص ٢٠٧ - مجلس الدولة الفرنسى ٩ مارس سنة ١٨٧٠ سيريه ٧١ - ٢ - ٢٨٥ - نقض فرنسى ١٤ أبريل سنة ١٨٩٩ سيريه ٩٩ - ١ - ٣٦٧ .
- (٣) نقض فرنسى (دوائر مجمعة) ١٠ يولية سنة ١٨٥٤ دالوز ٥٤ - ١ - ٦٢٨ - نقض فرنسى ١٢ فبراير سنة ١٨٨٣ سيريه ٨٣ - ١ - ٣١٢ .
- (٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٣٦ - ص ٢٣٧ - بلانويول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٩٩ ص ٢٠٧ .
- (٥) بلانويول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٩٩ - أنسيكلو بيدى دالوز اللفظ (action possessoire) فقرة ٢٢٤ - ٢٢٨ - نقض فرنسى ٨ أبريل سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٦ - ١ - ٢٥٨ .

علا مقلقا للراحة أو مضرا بالصحة أو خطرا بعد أن حصل على رخصة في إدارته من جهة الإدارة ، فان التعرض في هذه الحالة تسرى عليه القواعد العامة . فيختص القضاء العادى لا القضاء الإدارى بنظره ، ويجوز الأمر بمنع التعرض وبإزالة الأعمال التى تمت ونجم عنها التعرض . ولا يمنع من ذلك صدور ترخيص إدارى في القيام بهذه الأعمال ، فان هذا الترخيص لا يعنى أكثر من أن الأعمال المرخص فيها لا تتعارض مع مصلحة عامة ، مع حفظ حقوق الأفراد فيما إذا أصابهم ضرر من جراء هذه الأعمال (salvo juri tertii) . وعلى ذلك يستطيع أى شخص يقع تعرض لحيازته ينجم عن أشغال خاصة رخصت فيها الإدارة أن يرفع دعوى منع التعرض على صاحب هذه الأشغال أمام القضاء العادى ، ويجوز لهذا القضاء أن يأمر بإزالة مآثم من الأعمال ونجم عنه التعرض وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه (١) .

كذلك إذا نجم التعرض عن أشغال قامت بها الدولة (أو شخص معنوى عام) في الأموال الخاصة التى تملكها (domaine privé) ، جاز لمن وقع التعرض لحيازته أن يرفع دعوى منع التعرض أمام القضاء العادى ، وأن يحصل على حكم بإزالة مآثم من أعمال نجم عنها التعرض ، وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه (٢) .

٣٣٥ — عدم جواز اللجوء المدعى ضمه التعرض لتفويض

يربط ما بين المدعى والمدعى عليه : ولا يجوز رفع دعوى منع التعرض بغرض تنفيذ عقد يربط ما بين المدعى والمدعى عليه ، فإذا كان التعرض ناجما عن عدم تنفيذ عقد كان على المدعى أن يطلب تنفيذ العقد بدعوى العقد لا بدعوى منع التعرض (٣) . وعلى ذلك إذا أتى الراهن رهن حيازة عملا ينقص من قيمة

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٥ وص ٢٣٦ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٢٠٠ ص ٢٠٨ - نقض فرنسى ٩ يناير سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ٤١ - ١٩ يولييه سنة ١٨٨٢ دالوز ٨٢ - ١ - ٣٤٠ - ٩ يولييه سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٧ - ١ - ١٠٩
(٢) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٢٠٠ ص ٢٠٨ - نقض فرنسى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ١٩٤ .

(٣) نقض فرنسى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٦ - ١ - ١٨٨ - أول فبراير سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٥ - ١ - ٦٤ - ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ جازيت دى پاليه ١٩٢٩ - ٢ - ٧٨٥ - ١٨ يناير سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٥٠ - ١ - ١٤٧ .

الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد ،
فليس للدائن المرتهن أن يلجأ إلى دعوى منع التعرض لإلزام الرهن بعدم
الإخلال بعقد رهن الحيازة ، بل يلجأ إلى دعوى عقد رهن الحيازة ذاته لإلزام
الرهن بتنفيذ العقد . وتنص المادة ١١٠١ مدني في هذا الصدد على أن « يضمن
الرهن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتي عملاً يقتص من قيمة الشيء
المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد ، وللدائن
المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الرهن كل الوسائل التي تلزم
للمحافظة على الشيء المرهون » . كذلك إذا حال المؤجر دون انتفاع المستأجر
بالعين المؤجرة ، خلا في ذلك بشروط عقد الإيجار ، فإن سبيل المستأجر إلى
إلزام المؤجر بتنفيذ العقد ليس هو رفع دعوى منع التعرض ، بل رفع الدعوى
الشخصية الناشئة عن عقد الإيجار (١) .

ولو جاز رفع دعوى منع التعرض لتنفيذ عقد ، لكان من جراء ذلك أن
يتعرض قاضي الحيازة المرفوع أمامه دعوى منع التعرض إلى موضوع الحق
الناشئ عن العقد لإلزام المدعى عليه بعدم الإخلال به ، ولترتب على ذلك
الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى موضوع الحق ، وسرى فيما يأتي أنه لا يجوز
الجمع بين الدعويين (٢) .

٣٣٦ - رفع دعوى منع التعرض على المتعرض نفسه وعلى الغير :
وغنى عن البيان أن المدعى عليه في دعوى منع التعرض هو المتعرض نفسه ، أى

(١) نقض فرنسي ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ جازيت دي باليه ١٩٢٩ - ٢ - ٧٨٥ .

(٢) أنظر مابل فقرة ٣٤٨ وما بعدها - وانظر فيما يتعلق بعدم جواز الاتجاه إلى
دعوى استرداد الحيازة تنفيذ عقد آتفاً فقرة ٣٢٠ - وانظر بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة
١٩٧ - أنيكلو بيدي دالوز ١ لفظ action possessoire - وفارون نقض مدني
٣ فبراير سنة ١٩٣٨ بمجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤١
وقم ١١٧ .

وعلى ذلك لا يجوز الاتجاه إلى دعوى منع التعرض إذا قطعت شركة الكهرباء أو الغاز من
المشترك الكهرباء أو الغاز ، لوجود عقد بين الشركة والمشارك هو الذي يحكم العلاقة فيما بين
الطرفين (نقض فرنسي ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٨ دالوز ١٩١٦ - ١ - ١٨٨ - أوله فبراير
سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٥ - ١ - ٦٤) .

الشخص الذى صدرت منه أعمال التعرض . ويجعل عمل المتعرض خلفه العام ، أى ورثته ، فتوجه إليهم الدعوى بعد موت المتعرض (١) .

ولا يحول دون أن يكون المتعرض هو المدعى عليه أن يكون فى تعرضه قد عمل لصالح الغير أو بأمر منه ، كما إذا كان التعرض قد صدر من المستأجر أو الوكيل بأمر من المؤجر أو من الموكل أو لصالحه (٢) . وليس للمستأجر أو الوكيل أن يطلب إخراجه من دعوى منع التعرض بحجة أنه إنما عمل بأمر من المؤجر أو من الموكل ، بل يبقى خصما فى الدعوى وله أن يدخل المؤجر أو الموكل فيها ضامنا .

وإذا كان المطلوب فى دعوى منع التعرض تخلية العقار أو إعادة الحالة إلى أصلها ، فإن الدعوى يمكن أن ترفع على الغير الذى انتقل إليه العقار ، ولو كان هذا الغير حسن النية لا علم له بالتعرض . فيطالبه المدعى بالتخلى أو باعادة الحالة إلى أصلها كما كان يطالب المتعرض نفسه ، ولكن لا يطالبه بتعويض عن الضرر الذى أصابه إلا إذا أثبت أنه سىء النية . وإذا كانت دعوى استرداد الحيازة يمكن أن ترفع على الغير ولو كان حسن النية (٣) ، فالأولى أن يكون هذا صحيحا بالنسبة إلى دعوى منع التعرض التى هى أكثر حينية (٤) .

٣٣٧ — المدة التى ترفع فى ضررها دعوى منع التعرض : وقد رأينا (٥).

أن المادة ٩٦١ مدنى تقضى بأن « من وقع له تعرض فى حيازته ، جاز له أن يرفع خلال السنة التالية دعوى يمنع هذا التعرض » . فدعوى منع التعرض يجب أن ترفع فى خلال سنة من وقت وقوع التعرض . وإذا كان التعرض أعمالا متعاقبة ، سرت مدة السنة من وقت أول عمل من هذه الأعمال يظهر فيه

(١) أوبرى ودو ٢٠٢ بقرة ١٨٧ ص ٢١٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ بقرة ٢٠٣ .
(٢) أوبرى ودو ٢٠٢ بقرة ١٨٧ ص ٢١٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ بقرة ٢٠٣ -
نقض فرنسى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٧ سيري ١٩١٠ - ١ - ٤٩٨ .

(٣) أنظر آنفا ص ٩١٨ .

(٤) أوبرى ودو ٢ بقرة ١٨٧ ص ٢١٨ - ص ٢١٩ - بلانيول وريبير وبيكار

٢ بقرة ٢٠٣ .

(٥) أنظر آنفا بقرة ٢٢٨

بوضوح أنه يتضمن تعرضاً لحيازة المدي (١) . وقد تكون أعمال التعرض المتعاقبة مستقلة بعضها عن بعض بحيث يعتبر كل عمل منها تعرضاً قائماً بذاته ، فتعدد دعاوى منع التعرض بتعدد هذه الأعمال ، وتسمى مدة السنة بالنسبة إلى كل دعوى منها من وقت وقوع العمل الذي أنشأها ، فتسمى هذه المدة بالنسبة إلى آخر دعوى من وقت وقوع آخر عمل من أعمال التعرض المستقلة (٢) . وإذا كان التعرض مبنياً على تصرف قانوني ، سرت السنة من وقت وقوع التصرف الذي اعتبر تعرضاً (٣) . وإذا كان التعرض عملاً قام به المدي عليه في ملكه هو ، فلا تسري السنة في دعوى منع التعرض إلا من الوقت الذي يقضى فيه هذا العمل حتى يصبح تعرضاً واقفاً على حيازة المدي (٤) . ومدة السنة هي مدة سقوط لا مدة تقادم ، ومن ثم تسري على غير كامل الأهلية والغائب ، ولا توقف ولا تنقطع (٥) . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام

(١) نقض فرنسي ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٣ - ١٩٠٤ - ١ - ٥٠١ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازيت دي باليه ١٩٣٠ - ١ - ٣٠٤ - ٩ يولي سنة ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٦ - ١٩٢٩ .

(٢) قرره أوبري ورد ٢ فقرة ١٨٦ ص ٣٠٠ .

(٣) أوبري ورد ٢ فقرة ١٨٦ ص ١٩٩ - بلاتنول وديير وبيكار ٣ فقرة ١٨٨ - نقض فرنسي ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ١٣١ .

(٤) أوبري ورد ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٠ - أما إذا كانت الدعوى التي يرفضها المدي في هذه الحالة هي دعوى وقف الأعمال الجديدة لادعوى منع التعرض ، فإن السنة تسري ، كما سيأتى ، من وقت البدء بهذه الأعمال . فإذا قات المدي رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة في خلال هذه المدة ، كان له أن يرفع دعوى منع التعرض في خلال سنة من وقت تقديم الأعمال حتى تصبح تعرضاً واقفاً (أوبري ورد فقرة ١٨٦ ص ٣٠١ حاشي ١٤) .

(٥) ومع ذلك قضت محكمة النقض بأن مدة السنة المشروطة في المادة ٢٦ سرانسات (كديم) حكم فيها على الفعل الصادر من المدي عليه هي مدة تقادم خاص ، تسري عليه قواعد الانتفاع التي تسري على انتظام المسقط المادي (نقض مدني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ جلد جزء أول ص ٦٨٢ رقم ١١٨) . وبنت على ذلك أنه إذا رفع وائسع اليد دعواه أمام اقتضاء المصالح طالبا إزالة اليد موضوع النزاع وتمكيته من روى أحيائه بواسطة إزالة اليد ، فإن هذا الطلب إذ يعتبر بمبناه ومنه طلباً بمنع التعرض يقطع مدة دعوى وضع اليد ولو سكت المحكمة المستعجلة بعدم اختصاصها ، لأن رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة يقطع المدة . والدفع بأن التكليف بالحضور أمام قاضي الأمور المستعجلة لا يقطع انتظام لأنه لا يؤدي إلا إلى إجراءات وتجهت بقصد تأييد الحق فيما بهد فلا يستج من معنى الطلب الواقع فلا للمحكمة بالحق المراد اقتضائه - هذا الدفع لاجل له حين يكون المدي قد رفع أمام هذا القاضي طلباً خاصاً بموضوع منع التعرض (نقض مدني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٨٢ رقم ١٢٢) . وانتظر أيضاً في معنى أن مدة السنة مدة تقادم يرد عليها الوقت والانتظام استئناف مخطئ ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ ص ٥٧٢ ح ٤٢ .

في مدة السنة التي ترفع في خلالها دعوى استرداد الحيازة ، فتحيل هنا إلى ما ذكرناه هناك (١) .

٣٣٨ - ما يحكم : في دعوى منع التعرض : إذا توافرت شروط دعوى منع التعرض على الوجه الذي أسلفناه ، حكم للمدعي وهو الحائز للعقار ببقائه في حيازته (la maintenue possessorie) ومنع التعرض له في هذه الحيازة (٢) . وقد يقتضي ذلك الحكم بازالة أعمال قد تمت ، ويهدم بناء قد أقيم أو إقامة بناء قد هدم ، وبإعادة الشيء إلى أصله (٣) . ويستوى في ذلك أن تكون أعمال التعرض قد تمت في عقار المدعي ، أو في عقار المدعي عليه ، أو في عقار الغير (٤) . على أنه لا يجوز للقضاء العادي ، كما قدمنا (٥) أن يحكم بازالة أشغال عامة أقامتها جهة الإدارة ، إذا كان هذا الحكم ينطوي على إلغاء قرار إداري أو تعطيل تنفيذه .

وبحكم قاضي الحيازة بمنع التعرض على الوجه سالف الذكر ، حتى وكان هناك ما يدعو إلى الاعتقاد بأن المتعرض سيفوز في دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق . ذلك لأن قاضي الحيازة لا شأن له بالملكية ، ولا يجوز الجمع بين الحيازة والملكية كما سنرى (٦) . ومع ذلك يجوز لقاضي الحيازة ، في هذه الحالة ، أن يمنع المدعي عليه أجلاً يوقف فيه تنفيذ حكم الإزالة أو إعادة

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٢١ .

(٢) ولا يجوز للمحكمة أن ترفض دعوى منع التعرض حتى لو ثبت لها أن أعمال التعرض قد انقطعت قبل رفع الدعوى (أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٣١ - ص ٢٣٢) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن ولاية قاضي الحيازة في دعوى منع التعرض ، على ما جرى به قضاء محكمة النقض ، تتسع لإزالة الأبنية المادية التي يجريها المدعي عليه ، باعتبار أن القضاء بها هو من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض (نقض منفى ٧ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ رقم ٤٥ ص ٢٩٦) . وانظر نقض فرنسي ١٤ يونيو سنة ١٩٤٨ جازيت دي باليه ١٩٤٨ - ٢ - ٦٩ .

(٤) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٣٥ - ص ٢٣٦ - نقض فرنسي ١٧ يناير

سنة ١٨٩٤ سيرييه ٩٦ - ١ - ١١٥ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٣ .

(٦) أنظر ماييل فقرة ٣٤٨ وما بعدها .

الشيء إلى أصله ، بشرط أن يرفع المدعى عليه دعوى موضوع الحق أو دعوى الملكية في خلال هذا الأجل (١) .

ويجوز لقاضي الحيابة أن يحكم بفراطة تهديدية (astreintes) على المدعى عليه ، لإجباره على تنفيذ الحكم باخلاء العقار أو بالإزالة أو باعادة الشيء إلى أصله (٢) .

ويجوز لقاضي الحيابة أيضا أن يحكم على المدعى عليه بتعويض الضرر الذي أصاب المدعى من جراء أعمال التعرض التي صدرت من المدعى عليه ، ولو كان ذلك بناء على طلب إضافي يقدمه المدعى في دعوى منع التعرض . ولا يغير طلب التعويض من طبيعة دعوى منع التعرض في أنها دعوى من دعاوى الحيابة ، حتى لو قرر المدعى عليه أنه لا ينازع في حيابة المدعى (٣) . وإذا ادعى المدعى عليه المتعرض ، في دعوى فرعية ، أنه هو الحائز للعقار وقدم أدلة على ذلك ، نظر القاضي فيما إذا كانت حيابة المدعى عليه لا تتعارض مع حيابة المدعى ، وفي هذه الحالة حكم لكل منهما باستبقائه لحيابته وعدم تعرض المحصم الآخر له في هذه الحيابة . أما إذا تعارضت

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى بمنع تعرض المدعى عليه في الطريق موضوع النزاع . وكذلك بإزالة البناء الذي أقامه فيه المدعى عليه إذا لم يرفع في خلال أجل معين دعوى بملكته الطريق ونحو حق ارتفاق المرور عليه للمدعى ، فإن هذا الحكم لا يحمل تنفيذ الإزالة مرهوناً بنتيجة الفصل في دعوى الحق ، بل يحمله مرهوناً بأمر آخر منقطع الصلة بتلك النتيجة وهو قيام المدعى عليه برفع الدعوى بالحق في خلال أجل معين ، وليس في هذا القضاء مخالفة لنص الفقرة الثانية من المادة ٤٨ مراضات . ذلك أنه وإن كانت ولاية قاضي الحيابة في دعوى منع التعرض تتسع لإزالة الأعمال المادية التي يجرها المدعى عليه باعتبار أن قضاء في هذه الحالة هو من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض ، إلا أن له في هذا الخصوص أن يقرر موجبات الإزالة ، فيقضي بها أو يقرن قضاءه في خصوصها بأجل يحدده للمدعى عليه ليرجع في خلاله الدعوى بالحق (نقض مدني ١٣ فبراير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ١٤٩) - وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٣٥ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٢٠٤ - نقض فرنسي ٢٨ يناير سنة ١٨٧٩ سيرة ٨٠ - ١ - ٢٥ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٣٥ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٢٠٤ - نقض فرنسي ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ سيرة ١٩٢٣ - ١ - ٣٤١ .

(٣) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٣٤ - نقض فرنسي ٩ يونيو سنة ١٨٨٥ سيرة ٨٧ - ١ - ١١٩ - ١٩ أكتوبر سنة ١٨٨٧ سيرة ١ - ٢١١ .

الحيازتان ، فإن للقاضي يفاضل فيما بينهما ، ويقضى لمن كانت حيازته أفضل على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم (١) . فإذا تعادلت الحيازتان ، ولم يكن هناك وجه لتفضيل إحدهما على الأخرى جاز للقاضي أن يحكم ببقاء الحيازة مشتركة بين الخصمين . ويجوز له أيضا ، إذا لم يربح بقاء الحيازة مشتركة بين الخصمين ، أن يحكم بأن يلجأ الخصمان إلى دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق . وقد يقيم في هذه الحالة الأخيرة حارسا على العقار المتنازع على حيازته ، أو يقيم أحد الخصمين حارسا على العقار على أن يقدم حسابا عن غلته عند الاقتضاء ، فيكون لهذا الخصم حراسة مؤقتة مقترنة بالتزام بتقديم حساب عن الغلة (٢)

§ ٣ - دعوى وقف أو أعمال المبررة

(La dénonciation de nouvel oeuvre)

٣٣٩ - نص قانونى : تنص المادة ٩٦٢ مدنى على ما يأتى :

- ١ - من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة ، وخشى لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته ، كان له أن يرفع الأمر إلى القاضي طالبا وقف هذه الأعمال ، بشرط ألا تكون قد تمت ، ولم يتقضى عام على البدء في العمل الذى يكون من شأنه أن يحدث الضرر .
- ٢ - وللقاضي أن يمنع استمرار الأعمال أو أن يأذن في استمرارها ، وفي كلتا الحالتين يجوز للقاضي أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة ، تكون في حالة الحكم بوقف الأعمال ضمانا لإصلاح الضرر الناشئ من هذا الوقف متى تبين بحكم نهائى أن الاعتراض على استمرارها كان على غير أساس ، وتكون في حالة الحكم باستمرار الأعمال ضمانا لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها لإصلاح الضرر الذى يصيب الحائز إذا حصل على حكم نهائى لمصلحته (٣)

(١) أنظر آنفا فقرة ٢٢٠ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٢ - بلانيول وريير ويكار ٢

فقرة ٢٠٤ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤١٣ من المشروع التمهيدى على وجه

طابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٧ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٢ (مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ٤٧٧ - ص ٤٨٠) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٦٦ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٥٥ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٢) .

وهذا النص يعرض لدعوى وقف الأعمال الجديدة ، وهي الدعوى الثالثة والأخيرة من دعاوى الحيازة . وهي تتميز عن دعوى استرداد الحيازة بأن الحيازة فيها لا تنتزع من الحائز ، وعن دعوى منع التعرض بأن الأعمال التي تصير فيها من المدهى عليه ليست بأعمال تعرض قد وقع فعلا ، بل هي أعمال تكون تعرضا لو أنها تمت (٣) . ونبحث في شأنها ، كما بحثنا في شأن دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض ، المسائل الآتية (١) : المدعى في دعوى وقف الأعمال الجديدة . (٢) المدعى عليه في هذه الدعوى . (٣) المدة التي ترفع الدعوى في خلالها . (٤) ما يحكم به القاضي في هذه الدعوى .

٣٤٠ - المدعى في دعوى وقف الأعمال الجديدة . إحداه : المدعى في

هذه الدعوى هو نفس المدعى في دعوى منع التعرض . فهو الحائز للعقار ،

(١) ولكن أنظر م ٢٦ ققرة ٢٩ فقرة رابعة من تقنين المرافعات السابق ونصها : ويحكم (القاضي الجزئي) أيضاً في الدعوى الآتية بيانها ويكون حكمه انتهاياً : . . . (ثالثاً) الدعوى المتعلقة بالمنازعة في وضع اليد على العقار المبنية على فعل صادر من المدعى عليه لم تمض عليه سنة قبل رفع الدعوى .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل (ولكن أنظر تقنين المرافعات السوري) .

التقنين المدني الليبي م ٩٦٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٥٥ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (ولكن أنظر المواد ١٣ و ٤٨ - ٤٩ و ٥١ من

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني: أنفاً ص ٩١٢ هامش ١ وص ٩٢٦ هامش ٤) .

(٣) فدعوى وقف الأعمال الجديدة هي إذن دعوى مستقلة من دعاوى الحيازة ، وقد أفرد لها التقنين المدني المصري نصاً مستقلاً ، واحتجها القضاء الفرنسي دعوى مستقلة (نقض فرنسي ٤ فبراير سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦ - ١ - ٢٩٧ - ٧ أبريل سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٥ - ١ - ٣٨١ - ٢١ فبراير سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٢ - ١ - ٦٥) - وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٨ ص ٢٢٧ هامش ٢ - بلانيول وزيبير وييكار ٣ فقرة ٢٠٥ .

ويجب عليه أن يثبت أن حيازته خالية من العيوب ، أى حيازة مستمرة علنية هادئة غير غامضة (١) . ويجب أن يثبت كذلك أن حيازته حيازة أصيلة لا حيازة عرضية ، أى أنه يجوز لحساب نفسه لا لحساب غيره . وإذا قامت الحيازة على عمل من أعمال التسامح أو على ترخيص من جهة الإدارة يجوز الرجوع فيه فى أى وقت ، فإن الحيازة لا تكون عرضية إلا بالنسبة إلى المالك المتسامح أو إلى جهة الإدارة المرخصة ، وفيما عدا هذين تعتبر الحيازة حيازة أصيلة تبيح رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة . ولا يشترط أن يكون الحائز حسن النية . ويشترط أن تكون حيازة المدعى قد دامت سنة كاملة على الأقل ، وتنص على ذلك صراحة المادة ٩٦٢ / ١ مدنى كما رأينا (٢) إذ تقول : « من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة وللمدعى ، فى حساب السنة ، أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه ، سواء كان المدعى خلفا عاما أو خلفا خاصا .

وجميع ما بسطناه فى شأن المدعى فى دعوى منع التعرض ينطبق على المدعى فى دعوى وقف الأعمال الجديدة ، فتحيل هنا إلى ما قدمناه هناك (٣) .

٣٤١ - المدعى عليه فى دعوى وقف الأعمال الجديدة : والمدعى عليه

فى دعوى وقف الأعمال الجديدة هو الشخص الذى يبدأ أعمالا لم تصل بعد إلى أن تكون تعرضا وقع فعلا على حيازة المدعى ، ولكن هناك من الأسباب المعقولة ما يدعو إلى الاعتقاد بأن هذه الأعمال لو تمت لكانت تعرضا كاملا لحيازة المدعى . فى حين أن دعوى منع التعرض تحمى الحيازة من تعرض حال وقع فعلا كما رأينا ، إذا بدعوى وقف الأعمال الجديدة تحمى الحيازة من تعرض مستقبل على خطر الوقوع . مثل ذلك أن يبدأ شخص بناء حائط فى حدود أرضه أو إقامة بناء ، لو أنه مضى فيه إلى نهايته لسد النور والهواء على جاره أو لسد مطلقا لجاره ، ولنجم عن ذلك تعرض لحيازة الجار للعقار المجاور أو للمطل . فالمدعى عليه ، وهو لا يزال آخذا فى بناء الحائط أو إقامة

(١) نقض فرنسى ١٥ يونيو سنة ١٩٢٢ سيرة ١٩٢٢ - ١ - ٢٧٩ .

(٢) أنظر آنفاًقرة ٣٣٩ .

(٣) أنظر آنفاًقرة ٣٢٩ .

البناء ، لم يسد بعد النور والهواء أو المطل على جواره . ومن ثم لا يكون هناك عمل لرفع دعوى منع التعرض ، لأن التعرض لما يقع . ولكن يكون هناك عمل لرفع دعوى وقف الأعمال الجديدة ، فيصدر قاضى الحيابة حكما بوقف بناء الحائط أو بوقف إقامة البناء إلى أن يفصل فى دعوى موضوع الحق (١) .

ويشترط فى الأعمال التى يجب طلب وقفها بدعوى وقف الأعمال الجديدة أبران :

(الأمر الأول) أن تكون هذه الأعمال قد بدأت ولكنها لم تتم . وذلك لأنها لو تمت لوقع التعرض فعلا ، ولكان الواجب فى هذه الحالة ليس رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة ، بل رفع دعوى منع التعرض . على أنه يجب أن تكون هناك أسباب معقولة تدعو للاعتقاد إلى أنه لو تمت هذه الأعمال ، لنجم عنها تعرض فعلى لحيابة المدعى . وهذه مسألة واقع يقدرها قاضى الموضوع ، ويستعين فى ذلك بالمعينة ، وقد يستعين برأى الخبراء . وتنص الفقرة الأولى من المادة ٩٦٢ مدنى ، كما رأينا (٢) ، صراحة على هذا الشرط إذ تنقضى بأن الحائط للعقار إذا خشى لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته ، كان له أن يرفع الأمر إلى القاضى طالبا وقف هذه الأعمال . بشرط ألا تكون قد تمت

(والأمر الثانى) أن تكون هذه الأعمال التى بدأها المدعى عليه قد وقعت فى عقاره هو . لا فى عقار المدعى ولا فى عقار الغير . وهذا الشرط يستخلص من طابع الأشياء ، لأن الأعمال لو بدأت فى عقار المدعى لكان التعرض حالا لا مستقبلا ، ولو بدأت فى عقار الغير لكان التعرض لحيابة هذا الغير قد وقع هو أيضا حالا لا مستقبلا ، ولوجب فى الحالتين رفع دعوى منع التعرض لا دعوى وقف الأعمال الجديدة (٣) . بئى أن يكون الغير راضيا بهذه الأعمال أو متواطئا مع المدعى عليه فى شأنها ، وفى هذه الحالة يكون الغير شريكا للمدعى عليه ، ويستوى إذن أن تبدأ الأعمال فى عقار المدعى عليه أو فى عقاره هو .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وموضوع الدعوى ليس هو تعرضاً تم ، بل أعمالاً لو تمت لكان فيها تعرض لحيابة ، كما إذا بدأ شخص بناء حائط لوسم لشد النور على مطل لجواره (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٩) .

(٢) أنظر آنفاً فقر ٣٣٩ .

(٣) أوبرى وردو ٢ فقرة ١٨٨ ص ٢٢٨ .

٣٤٢ - المدة التي ترفع في خلالها دعوى وقف الأعمال الجديدة :

وقد رأينا (١) أن المادة ١/٩٦٢ مدني تقضي بأن يرفع المدعى دعوى وقف الأعمال الجديدة « بشرط ألا تكون قد تمت ، ولم ينقض عام على البدء في العمل الذي يكون من شأنه أن يحدث الضرر » . فدعوى وقف الأعمال الجديدة يجب أن ترفع أولاً قبل الانتهاء من الأعمال الجديدة ، لأن هذه الأعمال لو تمت لوقع التعرض فعلاً ولوجب رفع دعوى منع التعرض لا دعوى وقف الأعمال الجديدة كما سبق القول (٢) . ويجب أن ترفع دعوى وقف الأعمال الجديدة ثانياً في خلال سنة من وقت البدء بهذه الأعمال (٣) .

وتسري السنة من وقت البدء بالأعمال الجديدة كما قدمنا ، فلو كانت أعمالاً متعاقبة سرت المدة من وقت البدء في أول عمل منها فلو انقضت السنة دون أن ترفع الدعوى ، ورفعت بعد ذلك ، لم تكن مقبولة ، حتى لو كانت الأعمال الجديدة لم تتم . ويجب في هذه الحالة على المدعى أن يترصد حتى تتم هذه الأعمال ويقع التعرض فعلاً على حيازته ، وعندئذ يكون له أن يرفع دعوى منع التعرض في خلال سنة من وقت وقوع التعرض أى من وقت تمام الأعمال الجديدة (٤) .

ومدة السنة هي مدة سقوط لا مدة تقادم ومن ثم تسري على غير كامل الأهلية والغائب ، ولا توقف ولا تنقطع ، وقد سبق بيان ذلك بالنسبة إلى دعوى إسترداد الحيازة (٥) . وبالنسبة إلى دعوى منع التعرض (٦) .

٣٤٣ - ما يحكم به في دعوى وقف الأعمال الجديدة : والذي يحكم به

القاضي في دعوى وقف الأعمال الجديدة ، ليس هو إزالة الأعمال الجديدة

(١) أنظر فقرة ٣٣٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٤١ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيلي في هذا الصدد : « يرفع الجار دعوى وقف الأعمال الجديدة بشرط ألا يكون قد مضى عام على العمل الذي بدأ ، وبشرط ألا يكون العمل قد تم ، فإن تم العمل كانت الدعوى التي ترفع هي دعوى منع التعرض (مجموعة الاعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٩) .

(٤) أنظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠١ هامش ١٤ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٣٢١ .

(٦) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٧ .

التي يبدى بها كما كان يحكم بذلك لو أن الدعوى كانت دعوى منع التعرض ، بل وقف هذه الأعمال دون إزالتها (١) . وتنص المادة ١/٩٦٢ مدني بذلك صراحة ، كما رأينا (٢) ، إذ تقول إن للمدعى أن يرفع الأمر إلى القاضي طالبا وقف هذه الأعمال

ولا تخلو الحال من أحد أمرين :

(١) فاما أن يرى قاضي الحيابة أن المدعى على حق في دعواه ، ويقدر أن هناك أسبابا معقولة يخشى معها أن يكون هناك تعرض فعلي لحيابة المدعى لو تمت الأعمال الجديدة . فعند ذلك يحكم القاضي بوقف الأعمال وعدم الاستمرار ، إلى أن ترفع دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ويفصل فيها . وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يأمر المدعى الذي حكم لمصلحته بتقديم كفالة مناسبة ، تكون ضمانا للمدعى عليه الذي قضى عليه بوقف الأعمال التي بدأها . فإذا ما قضى بحكم نهائي ، في دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ، أن المدعى عليه كان هو الحق ، وأن اعتراض المدعى على استمرار الأعمال الجديدة كان على غير أساس من حيث موضوع الحق لا من حيث الحيابة ، جاز أن يحكم على المدعى بتعويض لإصلاح الضرر الذي أصاب المدعى عليه من جراء وقف الأعمال التي بدأها . وعندئذ تكون الكفالة التي قدمها المدعى بناء على حكم قاضي الحيابة ضمانا لهذا التعويض .

(٢) أو أن يرى قاضي الحيابة أن المدعى ليس على حق في دعواه لأن شروط دعوى وقف الأعمال الجديدة لم تتوافر ، فيقضى برفض الدعوى ، ومن ثم يستمر المدعى عليه في الأعمال الجديدة التي بدأها إلى أن ترفع دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ويفصل فيها . وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يأمر المدعى عليه المحكوم لصالحه بتقديم كفالة مناسبة ، تكون ضمانا للمدعى الذي حكم برفض دعواه . فإذا ما قضى بحكم نهائي ، في دعوى الملكية أو دعوى

(١) استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٩ - والقضاء بوقف الأعمال الجديدة هو قضاء مؤقت ، فللمدعى عليه أن يضي فيها إذا قضى لمصلحته في دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق (أوبري وردو ٢ فقرة ١٨٨ ص ٢٢٩ - نقض فرنسي ٢١ فبراير سنة ١٩١٠ سيري ١٩١٣ - ١ - ٢٨٥) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٩ .

موضوع الحق ، أن المدعى كان هو الحق وأن اعتراضه على مضي المدعى عليه في الأعمال الجديدة كان على أساس من حيث موضوع الحق لا من حيث الحيازة ، جاز أن يحكم على المدعى عليه بإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها . وعندئذ تكون الكفالة التي قلمها المدعى عليه بناء على حكم قاضي الحيازة ضماناً لهذه الإزالة .

وهذا هو الذي قضت به صراحة الفقرة الثانية من المادة ٩٦٢ ملني ، فهي تنص ، كما رأينا (١) على ما يأتي : « وللقاضي أن يمنع استمرار هذه الأعمال أو أن يأذن في استمرارها ، وفي كلتا الحالتين يجوز للقاضي أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة ، تكون في حالة الحكم بوقف الأعمال ضماناً لإصلاح الضرر الناشئ من هذا الوقف متى تبين بحكم نهائي أن الاعتراض على استمرارها كان على غير أساس ، وتكون في حالة الحكم باستمرار الأعمال ضماناً لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها لإصلاح الضرر الذي يصيب الخائر إذا حصل على حكم نهائي لمصلحته » (٢) .

ويخلص مما تقدم أن هناك فروقا ثلاثة بين دعوى وقف الأعمال الجديدة ودعوى منع التعرض : (١) في دعوى وقف الأعمال الجديدة تبدأ الأعمال في عقار المدعى عليه ، أما في دعوى منع التعرض فقد تكون في عقار المدعى عليه أو في عقار المدعى أو في عقار الغير . (٢) في دعوى وقف الأعمال الجديدة تبدأ هذه الأعمال دون أن تم ودون أن يقع تعرض فعلي ، أما في دعوى منع التعرض فتم هذه الأعمال ويقع تعرض فعلي . (٣) في دعوى وقف الأعمال الجديدة يقضى بوقف الأعمال الجديدة دون إلزائها ، أما في دعوى منع التعرض فيجوز أن يقضى . بإزالة هذه الأعمال (٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٩ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في هذا الصدد : « فإذا ما استوفى دعوى وقف الأعمال الجديدة شروطها ورفضت في المبدأ ، كان للقاضي حسب تقديره أن يمنع استمرار الأعمال أو أن يأذن في استمرارها بكفالة في الحالتين . فتكون الكفالة في الحالة الأولى لضمان التعويض فيما إذا تبين في دعوى الموضوع أن الأعمال التي وقفت كان ينبغي أن تستمر ، وفي الحالة الثانية لضمان التعويض فيما إذا تبين أن الأعمال التي أذن في استمرارها كان ينبغي أن توقف » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٩ - ص ٤٨٠) .

(٣) أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٠ - وقد تحول دعوى وقف الأعمال الجديدة إلى دعوى منع تعرض ، إذا تضمنت الأعمال الجديدة تهديداً خطيراً بأن يقع التعرض -

المطلب الثاني

العلاقة بين الحيازة والملكية

٣٤٤- سألتنه : في العلاقة ما بين الحيازة والملكية ، نقابل ما بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية ، ثم نتكلم في العلاقة ما بين الحائز والمالك فيما يختص باسترداد الحائز للمصروفات وبمسئولته عن الهلاك فيها لو ظهر أن الحائز غير مالك .

§ ١ - دعوى الحيازة ودعوى الملكية

٣٤٥- المقابلة ما بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية : بسطنا فيما تقدم دعوى الحيازة الثلاث ، وإلى جانب دعوى الحيازة (actions possessoires) توجد دعوى الملكية (actions pétitoires) . والفرق بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن دعوى الحيازة لا تسمى إلا الحيازة في ذاتها ولا شأن لها بالملكية أى بموضوع الحق ، أما دعوى الملكية فعلى العكس من ذلك تسمى الملكية أى بموضوع الحق ولا شأن لها بالحيازة إلا حيث تكون الحيازة سببا لكسب الملكية . وقد قدما أن دعوى الحيازة الثلاث يقابلها دعوى ملكية ثلاث : يقابل دعوى استرداد الحيازة دعوى استرداد الملكية وهذه هي دعوى الاستحقاق ، ويقابل

حصلا لومت هذه الأعمال ، وعند ذلك يجوز لقاضي أن يأمر بإزالة الأعمال الجديدة لا يوقتها بحسب على اعتبار أن هذا التهديد الخطير قد حول الدعوى إلى دعوى منع تعرض يجوز الحكم فيها بالإزالة (بازو فقرة ١٤٦٤ - أنيكلو بيدى دالوز ١ لفظ action possessoire فقرة ١١٧ - فقرة ١٢٢ - نقض فرنسي ٤ فبراير سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦ - ١ - ٢٩٦) .

وتختلف دعوى وقف الأعمال الجديدة عن الطلب المستجبل . وقد قفت محكمة النقض في هذا الصدد بأن دعوى وقف الأعمال الجديدة تمد من دعوى وضع اليد على عقار أو حق مريض عقارى ، وموضوعها حماية اليد من تعرض يهددها ، ويتقضى الفصل فيها بثبوت الحيازة القانونية ، وتوافر أركانها والشروط اللازمة لحايتها . وتختلف هذه الدعوى عن الطلب المستجبل الذى يرفع إلى قاضى الأمور المستجيلة بوصفه كذلك ويقضى فيه على هذا الأساس ، إذ مناط اختصاصه بنظر هذا الطلب أن يقوم على توافر الخطر والاستعجال الذى يبرر تدخله لإصدار قرار وقتى ، يراد به رد عنوان يبدو لوهلة الأولى أنه يغير حق ومنع خطر لا يمكن تداركه أو يتخفى استفحالها إذا ما فاتت عليه الوقت . والحكم الذى يصدره القاضى المستجبل فى هذا الشأن هو قضاء بإجراء وقتى لا يمس أصل الحق (نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢٠ ص ١٤٧) .

دهوى منع التعرض فى الحيازة دهوى منع التعرض فى الملكية ، ويقابل دهوى وقف الأعمال الجديدة فى الحازة ، دهوى وقف الأعمال الجديدة فى الملكية . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصا بعدد دعاوى الملكية ، فكانت المادة ١١٦٥ من هذا المشروع تنص على أن « لمالك الشئ أن يسرده ممن يكون قد حازه أو أحرزه دون حق ، وأن يطالب من تعرض له فيه بالكف عن التعرض ، وإذا عشى تعرضا كان له أن يطالب بمنع وقوعه » (١) . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، « اكتفاء بالقواعد العامة » (٢) .

وقد سبق أن قررنا فى صدد دعاوى الحيازة ودعاوى الملكية ما يأتى : « ولما كانت دعاوى الحيازة لا تقتضى إلا أن يثبت المدعى حيازته مستوفية لشرائطها ، أما دعاوى الملكية فتقتضى أن يثبت المدعى ملكيته للشئ ، وهو إثبات أشد مشقة بكثير من إثبات مجرد الحيازة ، لذلك يلجأ المالك عادة إلى دعاوى الحيازة ليحمى بها حيازته . ولا يتكلف مشقة الإثبات بعد ذلك كما قدمنا ، بل على من يدعى الملكية أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز ، ويتحمل هو دون الحائز عبء إثبات الملكية ، وهو عبء شاق كما سبق القول . ومن ثم حلت دعاوى الحيازة فى العمل محل دعاوى الملكية ، وأغنت عنها فى كثير من الأحوال » (٣) .

٣٤٦ - إثبات الحيازة - نصى قانونى : تنص المادة ٩٦٣ مدنى على ما يأتى :

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢ فى الماشى - وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « الوسيلة الثانية لحماية حق الملكية هى دعاوى الملكية التى وضعت على غرار دعاوى الحيازة ، ولكن هذه أكثر استمالة لسهولة . فلذلك أن يسرد ملكه من أى يد كانت وهذا ما يسمى بدعوى الاستحقاق ، وله أن يطالب منع تعرض الغير لملكه ، ولإيقاف كل عمل لو تم فكان تعرضاً . ولكنه فى هذه الدعاوى الثلاث يطالب بإثبات حق ملكيته . ولأن هذه الدعاوى وأكثرها انتشاراً هى دعوى الاستحقاق . والأصل فى دعوى الاستحقاق أن ترفع على الحائز ، فهو المدعى عليه فى هذه الدعوى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣ فى الماشى .

(٣) الوسيط ٨ فقرة ٣٧٠ ص ٩٨٨ .

« إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد ، اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية ، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة » (١) .

ويخلص من هذا النص أن الحيازة ، وهي تتكون من عنصرين عنصر الحيازة المادية وعنصر القصد ، يكفى في إثباتها مبدئياً إثبات العنصر الأول وهو عنصر الحيازة المادية . ولما كانت الحيازة المادية هي واقعة مادية ، فانه يجوز لمن يتمسك بأنه حائز لحق معين أن يثبت هذه الحيازة بجميع طرق الإثبات . ويدخل في ذلك البينة ، فيجوز للقاضي أن يحيل الدعوى على التحقيق ، ليثبت من يدعى الحيازة حيازته بالبينة . ويجوز أيضاً أن يقبل القاضي طريقاً آخر للإثبات غير البينة ، فيستخلص من وقائع الدعوى والأوراق والمعاينة ثبوت الحيازة المادية أو عدم ثبوتها . وعلى مدعى الحيازة أن يثبت أيضاً خلوها من العيوب ، وأنها حيازة مستمرة علنية هادئة غير غامضة (٢) . فإذا ظهر أنها حيازة معيبة ، كأن ثبت أن الحائز قد حصل عليها بالإكراه أو في خفاء ، فإنها لا تصلح أن تكون قرينة على وجود الحيازة القانونية .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤١٤ من المشروع النهيلى على الوجه الآتي : « إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة شيء واحد ، اعتبر حائزاً بصفة مؤقتة من كانت له الحيازة المادية ، إلا إذا كان واضحاً أنه قد حصل على هذه الحيازة من غيره بطريقة معيبة . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٢٨ في المشروع النهائي بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٣ ، بعد استبدال كلمة «حق» بكلمة «شيء» (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٨١ - ص ٤٨٢) ولا مقابل لنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٦٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(٢) (٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠١ - ص ٢٠٢ - وانظر ، فيما إذا تنازع شخصان حيازة حق ، في قواعد المناضلة مابين الحيازتين المقررة في المادة ١/٩٥٩ مدني وتنص على أن « الحيازة الأحق بالفضيل هي الحيازة التي تقوم على سند قانوني ، فإذا لم يكن لدى أي من الحائزين سند ، أو تبادلت مستنداتهم ، كانت الحيازة الأحق هي الأسبق في التاريخ » . وقد سبق بسط هذه القواعد (أنظر فقرة ٣٢٥) .

أما إذا أثبت الحائز الحيازة المادية على الوجه المتقدم الذكر ، قامت هذه الحيازة وحدها قرينة على وجود الحيازة القانونية كاملة ، أى الحيازة مقترنة بعنصر القصد . فعنصر القصد ، أى أن الحائز يحوز لحساب نفسه لا لحساب غيره ، هو إذن يفترض بثبوت الحيازة المادية . ولكن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز للخصم الآخر أن يدحضها بأن يثبت أن عنصر القصد غير موجود ، وأن الحائز بالرغم من ثبوت الحيازة المادية لديه إنما يحوز لحساب غيره لا لحساب نفسه . كذلك يجوز للخصم أن يثبت أن الحائز إنما تقوم حيازته على عمل من أعمال التسامح ، فينتفى بذلك عنصر القصد .

٣٤٧- إتيان الملكية - نص قانونى : تنص المادة ٩٦٤ مدنى على ما يأتى :

« من كان حائزاً للحق ، اعتبر صاحبه ، حتى يقوم الدليل على العكس » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤١٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : ١ - من كان حائزاً لشيء أو للحق ، اعتبر مالكاً له حتى يقوم الدليل على العكس . ٢ - وإذا ادعى الحائز أن حيازته تقوم على حق غير الملكية شخصياً كان أو عينياً ، اعتبرته الحيازة قرينة على وجود هذا الحق ، ولكن لا يجوز للحائز أن يمتنع بهذه القرينة على من تلقى من الحيازة . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٦ . وفى لجنة الشيوخ حذفت كلمة « والشيء » ، واستبدلت كلمة « صاحبه » بكلمة « مالكاً له » فى الفقرة الأولى ، وحذفت الفقرة الثانية واكتفاء بالقواعد العامة . فأصبح النص تحت رقم ٩٦٤ ، مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٢ - ص ٤٨٤) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٦٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٥٧ : ١ - من حاز شيئاً اعتبر مالكاً له ، حتى يقوم الدليل

على العكس . ٢ - وإذا ادعى الحائز أن حيازته منسبة على حق شخص أو على حق عين غير الملكية ، اعتبرته الحيازة قرينة على وجود هذا الحق حتى يقوم الدليل على العكس ، ولكن لا يجوز للحائز أن يمتنع بهذه القرينة على من تلقى من الحيازة . (والتقنين العراقى يتفق مع التقنين المصرى فى حكم الفقرة الأولى ، ومع المشروع التمهيدى للتقنين المصرى ومع القواعد العامة فى حكم الفقرة الثانية) .

قانون الملكية المقارنة اللبناني لا مقابل .

وَيُغْلَصُ مِنْ هَذَا النَّصِّ أَنَّ الْقَانُونَ قَدْ أَقَامَ قَرِينَةَ قَانُونِيَّةً ، إِذْ جَعَلَ مِنْ حِيَازَةِ الْحَقِّ قَرِينَةَ عَلَى الْمِلْكِيَّةِ . وَالْقَرِينَةُ غَيْرُ قَاطِعَةٍ ، فَهِيَ تَقُومُ لِصَالِحِ الْحَاطِرِ ، حَتَّى يَقِيمَ خَصْمُهُ مَدْعَى الْمِلْكِيَّةِ الدَّلِيلَ عَلَى عَكْسِ ذَلِكَ وَأَنَّهُ هُوَ الْمَالِكُ (١) .

وَقَدْ سَبَقَ أَنْ فَصَّلْنَا طَرِيقَ إِثْبَاتِ الْمِلْكِيَّةِ ، بَعْدَ أَنْ قَسَمْنَاهَا إِلَى طَرِيقِ إِثْبَاتِ دَلَالَتِهَا يَقِينَةً وَطَرِيقِ إِثْبَاتِ دَلَالَتِهَا ظَنِّيَّةً . فَالطَّرِيقُ الْأَوَّلُ هِيَ السَّجَلُ الْعَيْنِيُّ وَالتَّقَادُمُ وَالْحِيَازَةُ ، وَالطَّرِيقُ الْآخَرَى هِيَ قَرَائِنُ قَضَائِيَّةٌ تَتَبَّعَتْ أَحْثَالَاتٍ وَاجْحَةٍ (*probabilities*) كَسَدِّ التَّمْلِيكِ وَالْمُكَلَّفَةِ وَدَفْعِ الضَّرَائِبِ وَخَرِيطَةِ فِكِّ الزَّمَامِ وَالتَّسْجِيلِ . وَقَدْ تَعَارَضَ طَرِيقُ الْإِثْبَاتِ ، فَإِذَا قَدِمَ كُلُّ مِنَ الْخَصْمَيْنِ فِي دَعْوَى الْمِلْكِيَّةِ طَرِيقَ إِثْبَاتِهِ وَتَعَارَضَتْ هَذِهِ الطَّرِيقُ ، فَهَنَّاكَ طَرِيقَانِ قَاطِعَا الدَّلَالَةِ فِي الْمِلْكِيَّةِ هُمَا السَّجَلُ الْعَيْنِيُّ وَالتَّقَادُمُ الْمَكْسَبُ . فَتَى اسْتَطَاعَ الْخَصْمُ أَنْ يَثْبِتَ مِلْكِيَّتَهُ عَنْ طَرِيقِ السَّجَلِ الْعَيْنِيِّ ، إِذَا كَانَ هَذَا السَّجَلُ سَارِيَا فِي الْمُنْطَقَةِ الَّتِي فِيهَا الْعَقَارُ الْمُنَازَعُ فِيهِ ، كَانَ هُوَ الْمَالِكُ . فَإِذَا لَمْ يَكُنِ السَّجَلُ الْعَيْنِيُّ سَارِيَا ، وَاسْتَطَاعَ الْخَصْمُ أَنْ يَثْبِتَ أَنَّهُ تَمْلِكُ الْعَقَارِ الْمُنَازَعُ فِيهِ بِالتَّقَادُمِ ، كَانَ هُوَ الْمَالِكُ . فَإِذَا لَمْ يَكُنِ السَّجَلُ الْعَيْنِيُّ سَارِيَا ، وَلَمْ يَسْتَطِعِ الْخَصْمُ أَنْ يَثْبِتَ الْمِلْكِيَّةَ بِالتَّقَادُمِ ، فَالْصُّورَةُ الْمَأْلُوفَةُ الَّتِي تَبْقَى بَعْدَ ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ الْمَدْعَى عَلَيْهِ هُوَ الْحَاطِرُ لِلْعَقَارِ . فَيَتِمَّسِكُ بِالْحِيَازَةِ قَرِينَةَ قَانُونِيَّةً عَلَى أَنَّهُ هُوَ الْمَالِكُ ، وَيَلْقَى عَلَى عَاتِقِ خَصْمِهِ عِبَاءَ دَحْضِ هَذِهِ الْقَرِينَةِ . فَإِذَا لَمْ يَقْدَمْ الْمَدْعَى قَرِينَةَ تَدْحُضِ قَرِينَةَ الْحِيَازَةَ ، رَفَضَتْ دَعْوَاهُ وَبَقِيَ الْحَاطِرُ عَلَى حِيَازَتِهِ . أَمَّا إِذَا قَدِمَ الْمَدْعَى قَرِينَةَ تَعَارَضَ قَرِينَةَ الْحِيَازَةَ ، مِنْ سَدِّ تَمْلِكٍ أَوْ مَكَلَّفَةٍ أَوْ دَفْعِ ضَرَائِبٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، وَقَدَّرَ الْقَاضِي أَنَّ الْقَرِينَةَ الَّتِي قَدَّمَهَا الْمَدْعَى تَدْحُضُ قَرِينَةَ الْحِيَازَةَ ، حَكَمَ لِلْمَدْعَى بِالْمِلْكِيَّةِ . فَالْقَرِينَةُ الَّتِي تَدْحُضُ قَرِينَةَ الْحِيَازَةَ يَنْبَغِي أَنْ يَتْرَكَ أَمْرَ تَقْدِيرِهَا إِلَى

(١) أَنْظِرِ الْوَسِيطَ ٨ فُقْرَةَ ٣٧٤ ص ٦٠٤ - ص ٦٠٥ - وَقَدْ قَضَتْ مَحْكَمَةُ النِّقَضِ بِأَنَّ الْحِيَازَةَ مَجْرَدُ قَرِينَةٍ قَانُونِيَّةٍ عَلَى الْمَالِكِ يَجُوزُ نَفْيُهَا ، فَإِذَا كَانَ الْحُكْمُ قَدْ انْتَهَى إِلَى مَا تَرْتَبُ مِنْ نَفْيِ مِلْكِيَّةِ حَاطِرِ الْأَرْضِ مَوْضُوعِ التَّرَاجُعِ بِأَسْبَابٍ مَوْضُوعِيَّةٍ بَاطِنَةٍ ، فَانْهَ لَا يَكُونُ هُنَاكَ مَحَلٌّ لِلنَّفْيِ عَلَيْهِ بِالْخَطَأِ فِي فَهْمِ أَثَرِ الْقَرِينَةِ الْمُسْتَفَادَةِ مِنَ الْحِيَازَةِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهَا فِي الْمَادَّةِ ٩٦٤ مَدَنِي (نَقَضَ مَدَنِي ٢ فَبْرَايِرِ سَنَةِ ١٩٥٦ بِمَجْمُوعَةِ أَسْكَامِ النِّقَضِ ص ٦٢) . وَانْظُرْ أَيْضًا اسْتِثْنَاءَ وَطَنِي ٢٧ مَارْسِ سَنَةِ ١٨٩٢ الْحَقُوقِ ٩ ص ١٧٢ - ٢٤ نَوَفَبْرِ سَنَةِ ١٩١٤ الشَّرَائِعِ ٢ وَنَوَفَبْرِ ٩٠ ص ٩٠ .

القاضى ، فهو الذى يقدر ما إذا كانت الاحتمالات المستمدة من الحيازة أقوى فرفض دعوى الملكية ، أو أن الاحتمالات المستخلصة من القرائن التى قدمها المدعى هى الأقوى فيقضى له بالملكية (١) .

ويخلص مما تقدم أن القانون قد رسم طريقاً لإثبات الملكية ، واستعان فى ذلك بقرينتين قانونيتين : (الأولى) أن الحيازة المادية قريبة على الحيازة القانونية ، إلى أن يثبت العكس . (والثانية) أن الحيازة القانونية قريبة على الملكية ، إلى أن يثبت العكس . فيستطيع الخصم الذى يتسلك بأنه هو المالك أن يبدأ بإثبات حيازته المادية ، ويثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ، وعند التنازع ما بين حيازتين رسم القانون طرق المفاضلة فيما بينهما على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم (٢) . فإذا ما ثبتت الحيازة المادية ، كانت هذه الحيازة قريبة على الحيازة القانونية ، إلا إذا أقام الخصم الآخر الدليل على العكس . أما إذا لم تدحض هذه القرينة وثبتت بذلك الحيازة القانونية ، فإن هذه الحيازة تكون هى بدورها قريبة على الملكية ، وذلك بشرط ألا يحتاج الحائز هذه القرينة على من تلقى منه الحيازة (٣) . وإذا قامت الحيازة القانونية قريبة على الملكية ، فإن

(١) أنظر فى ذلك الوسيط ٨ فقرة ٣٧٤ - فقرة ٣٧٦ - وانظر فى القواعد التى وضعها القضاء الفرنسى فى المفاضلة ما بين طرق إثبات الملكية التى يقدمها كل من الخصمين عند التعارض ما بين هذه الطرق فى الصور الثلاث لهذا التعارض الوسيط ٨ فقرة ٣٧٦ - فقرة ٣٨٠ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٥ .

(٣) وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٦٤ مدق يتضمن فقرة ثانية تقضى بهذا الحكم الأخير ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « وإذا ادعى الحائز أن حيازته تقوم على حق غير الملكية ، شخصياً كان أو عينياً ، اعتبرت الحيازة قريبة وجود هذا الحق ، ولكن لا يجوز للحائز أن يحتاج هذه القرينة على من تلقى منه الحيازة » . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة مجلس الشيوخ واكتفاء بالقواعد العامة (أنظر آنفاً فقرة ٣٤٦ فى المباحث) .

وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص المحذوف ما يأتى : « ويلاحظ أن الحيازة إنما تكون قريبة على الملكية إذ لم تكن هناك علاقة استغلال بين مدعى الملكية والحائز ، أما إذا كان هذا خلفاً لذلك فلا يجوز أن يحتاج الخلف على السلف إلا بالاتفاق الذى انتقلت بمقتضاه الحيازة . فالمستأجر مثلاً لا يستطيع أن يتخذ من الحيازة المادية قبل المؤجر قريبة على الحيازة القانونية ، ثم من هذه القرينة على الملكية . بل إن عقد الإيجار هو الذى يحدد العلاقة فيما بين المؤجر والمستأجر بالنسبة للحيازة ، فيكون المستأجر بناء على هذا التمسك حائزاً لا لحق الملكية ، بل لحق شخصى هو حقه كاستأجره (مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٤٨٣ - ص ٤٨٤) .

للخصم الآخر أن يدحض هذه القرينة بأن يقيم الدليل على أنه هو المالك . وقد وضع القضاء عند التنازع في طرق إثبات الملكية ، كما وضع القانون عند التنازع في طرق إثبات الحيازة ، قواعد للمقابلة ما بين طريقة وأخرى (١) .

٣٤٨ - عزم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية : وهناك

قاعدة هامة في خصوص العلاقة ما بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية ، وهي تقضي بعدم جواز الجمع بين الدعويين . وقد نصت المادة ٤٨ من تقنين المرافعات على هذه القاعدة ، وهي تجرى على الوجه الآتي : « لا يجوز أن يجمع المدعى في دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق ، وإلا سقط ادعاؤه بالحيازة . ولا يجوز من المدعى عليه في دعوى الحيازة أن يدفعها بالاستناد إلى الحق ، ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل في دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذي يصير فيها ، إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه . وكذلك لا يجوز الحكم في دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه » (٢) .

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٣٧٦ - فقرة ٣٨٠ - وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع انتهى في هذا الصدد : « إذا ثبتت الحيازة تكون قرينة على الملكية ، فيفرض أن الحائز مالك حتى يقيم المدعى الدليل على العكس . لذلك كان الحائز مدعى عليه دائماً في دعاوى الملكية ، مع أن الحيازة نفسها قد تكون محل شك في ثبوتها . لذلك يقتضي الأمر إيجاد قرينة أخرى هي الحيازة المادية التي توافرت شروطها من هدوء واستمرار وظهور ووضوح . فن أثبت أن هذه هي الحيازة المادية ، تمسك بذلك قرينة على الحيازة القانونية . وعلى من ينازعه أن يثبت أنه والحائز ، وأن هذه الحيازة المادية هذه إنما كانت لحسابه مثلاً ، أو كانت غير مقترنة بالنصر الممنوع . ويتبين من ذلك أن من يستطيع إثبات الحيازة المادية لنفسه ، له أن يتخذ منها قرينة على الحيازة القانونية ، ثم يتخذ من هذه قرينة على الملكية ذاتها ، وفي هذا تيسير كبير لإثبات الملكية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٣) .

(٢) ويقابل هذا النص في مشروع تقنين المرافعات الجديد المادة ٤٤ من هذا الكروع ، وهي مطابقة لنص المادة ٤٨ مرافعات فيما عدا فروقاً لفظية طفيفه . ويقابل النص في تقنين أصول المحاكمات المدنية البناني النصوص الآتية : م ٤٤ : « إن الدعاوى العينية المقاربه تدعى ملكية عندما يراد بها إثبات ملكية حق عيني ، وتدعى تصرفية تقتصر تقتصر على إثبات التصرف بحق عيني . م ٤٥ : « من أقام الدعوى الملكية لا تقبل منه فيما به الدعوى التصرفية ، أما التي يقيم الدعوى التصرفية ويخبرها فيجوز له أن يقيم الدعوى الملكية . م ٤٦ : لا يجوز للمسكة المرفوعة لديها الدعوى التصرفية أن تبني حكمها على أسباب تنطلق بالملكية . م ٤٧ : لا يجوز إقامة الدعوى الملكية والدعوى التصرفية في وقت واحد ، فالهكمة التي تقام لديها دعوى تنطلق بحق الملكية وبحق التصرف مما يجب عليها أن تعلن عدم صلاحيتها في القسم الذي لا يحق لها أن تنظر فيه .

ونرى من هذا النص أن قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية تلزم المدعى ، وتلزم المدعى عليه ، وتلزم القاضي (١) . ثم إن الحكم الصادر في دعوى الحيازة لا تكون له حجية في دعوى الملكية . فهذه مسائل أربع ، نستعرضها تباعاً .

٣٤٩ - قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية

تلزم المدعى : رأينا (٢) أن الفقرة الأولى من المادة ٤٨ مرافعات تنص على أنه « لا يجوز أن يجمع المدعى في دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق ، وإلا سقط ادعاؤه بالحيازة » . ويمكن أن تتصور في هذا الصدد أن المدعى طالب في دعوى الحيازة ذاتها بالملكية أو موضوع الحق ، أو أنه رفع دعوى الحيازة وقبل أن يفصل فيها رفع دعوى موضوع الحق ، أو أنه رفع دعوى موضوع الحق وقبل أن يفصل فيها رفع دعوى الحيازة . ففي هذه الفروض الثلاثة جميعاً ، يكون المدعى قد جمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أى دعوى موضوع الحق ، وهذا لا يجوز ، ويسقط الادعاء بالحيازة كما يقول النص أى تصبح دعوى الحيازة غير مقبولة .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود بدعوى أصل الحق ، التي نص في المادة ٤٨ من قانون المرافعات على عدم جواز الجمع بينها وبين دعاوى الحيازة ، هو دعوى الملكية لأولى حق آخر متفرع منها (نقض مدني ١٢ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٥١٧) . وقضت أيضاً بأن الأساس الأصل لدعاوى الحيازة هو الحيازة بشروطها القانونية ، فلا محل لتعرض فيها لبحث الملكية وخص ما يمتك به الخصوم من مستنداتها ، إلا أن يكون ذلك على سبيل الاستئناس يستخلص منها القاضي كل ما كان متعلقاً بالحيازة وصفها ، وبشرط ألا يكون الرجوع إلى مستندات الملك مقصوداً لتحري الحق . وتلك قاعدة يرتبط بها المدعي والمدعى عليه وقاضي الدعوى ، فلا يجوز للمدعى أن يجمع في دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق ، ولا يجوز للمدعى عليه أن يدفعها بالاستناد إلى الحق ، ولأن يقيم القاضي حكمه على أساس ثبوت الحق أو نفيه . وإذن فإنه يكون من غير المقبول فحص مستندات ملكية الخصوم في دعاوى الحيازة ، والبت في شأنها بالصحة أو بالتزوير ، لما في ذلك من المساس بالحق وجوداً وطعاً (نقض مدني ١٦ يونيو سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ص ٦٤٣ رقم ١٢٨ - وانظر أيضاً نقض مدني ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٣٠ - ١٧ مارس سنة ١٩٣٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٣٢ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٢٨ - استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٤١ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٠) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٤٨ .

فى القرض الأول ، إذا طالب المدعى فى دعوى الحيازة ذاتها بالملكية أو موضوع الحق ، فان هذا لا يتأتى إلا إذا كان القاضى الجزئى المختص بنظر دعوى الحيازة مختصا أيضا بدعوى الملكية ، وهذا نادر (١) . والغالب أن تجاوز دعوى الملكية نصاب القاضى الجزئى ، فاذا رفعت أمامه حكم بعدم الاختصاص بنظر دعوى الملكية ، وبعدم قبول دعوى الحيازة لأن رفع دعوى الملكية ولو أمام محكمة غير مختصة يتضمن نزول المدعى عن دعوى الحيازة كما سئى . أما إذا كان القاضى الجزئى مختصا بنظر دعوى الملكية ، ورفع المدعى دعوى الحيازة وطالب بالملكية فى نفس الدعوى ، فان القاضى بنظر طلب الملكية لأنه مختص بنظره ، وبحكم فى دعوى الحيازة بعدم القبول لأن رفع دعوى الملكية يتضمن نزول المدعى عن دعوى الحيازة (٢) .

وفى القرض الثانى ، إذا رفع المدعى دعوى الحيازة وقبل أن يفصل فيها رفع دعوى الملكية ، فان رفعه لدعوى الملكية قبل أن يفصل فى دعوى الحيازة يعتبر نزولا منه عن دعوى الحيازة ، فيقضى بعدم قبول هذه الدعوى ، ولا تنظر إلا دعوى الملكية (٣) .

وفى القرض الثالث ، إذا رفع المدعى دعوى الملكية وقبل أن يفصل فيها رفع دعوى الحيازة ، حتى لو نزل عن دعوى الملكية ، فان دعوى الحيازة تحكم بعدم قبولها ، لأن رفع دعوى الملكية قبل ذلك يتضمن نزولا عن دعوى الحيازة (٤) . وغنى عن البيان أنه لا يتصور أن يفصل فى دعوى الملكية ، ثم يرفع المدعى دعوى الحيازة بعد ذلك . ذلك لأنه إذا فصل فى دعوى الملكية

(١) أما إذا أصبح المشروع الجديد لتقنين المرافعات قانوناً ، فان هذا الأمر لا يكون نادراً ، بل يكون هو الذى يقع فى المادة . فقد قلنا أن هذا المشروع لا يميل لدعوى الحيازة من اختصاص القضاء الجزئى بل يخصها القواعد العامة للأختصاص ، فصحب دعوى الملكية ودعوى الحيازة كلتاهما من اختصاص محكمة واحدة .

(٢) أنظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٣ هامش ٤٢ .

(٣) استئناف مخطط ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٢٨ - أوبرى ورو ٢ فقرة

١٨٦ ص ٢١٣ .

(٤) استئناف مخطط ١١ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣٧ - ١٠ مايو سنة ١٩٠٦ م

١٨ ص ٢٥٢ - ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٥١ - ١٨ يناير ١٩٤٥ م ٥٧

لصالح المدعى لم يعد في حاجة إلى دعوى الحيازة ، وإذا قضى فيها لغير صالحه فلا يجديه أن يرفع دعوى الحيازة (١) .

فالأوجب إذن أن يقتصر المدعى على رفع دعوى الحيازة ، أو على رفع دعوى الملكية . فإذا كانت حيازته ثابتة وتوافرت شروطها ، اقتصر على رفع دعوى الحيازة (٢) . فإذا ما قضى لصالحه في دعوى الحيازة ، بقى على حيازته ، وعلى خصمه أن يرفع دعوى الملكية فيكون هو باعتباره حائزاً مدعى عليه فيها . أما إذا لم تكن حيازته ثابتة أو غير متوافرة الشروط ، اقتصر على رفع دعوى الملكية على الحائز ، وعليه في هذه الحالة أن يثبت الملكية لا الحيازة (٣) .

وبخلص مما تقدم أن رفع المدعى لدعوى الملكية ، وإن كان لا يتضمن اعترافاً منه بأن الحيازة عند خصمه ولا نزولاً منه عن التمسك بمزايا الحيازة ، إلا أنه يتضمن نزولاً منه عن استعمال دعوى الحيازة (٤) . وبلاحظ في هذا الصدد : (أولاً) أن رفع دعوى الملكية هو الذي يتضمن التزول عن دعوى الحيازة ، فأية دعوى أخرى يرفعها المدعى لا تتضمن هذا التزول ، والوصف القانوني للدعوى بأنها دعوى ملكية يخضع لرقابة محكمة النقض (٥) . وعلى ذلك

(١) استئناف مخطأ ٢٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥٩ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المدعى يطلب بدعواه الحكم له بمنع تعرض المدعى عليه ، فلا يجوز أن يدعى أنه مالك للأرض محل النزاع ، إذ أن هذا لا يجوز إقامته في دعوى وضع اليد (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٢٦) . ولا يقبل من المدعى عليه في دعوى الحيازة دفعها بالاستناد إلى نفي الحق (نقض مدني ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٥٨ ص ١١١٢) .

(٣) وإذا رفعت دعوى الملك لم يجز بهه ذلك رفع دعوى الحيازة (نقض مدني ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٢٩) . ولا يعتبر رفضاً لدعوى الملكية طلب المطالبة من الرسوم توطئة لرفع دعوى الملكية ، مادامت هذه الدعوى لم ترفع بالفعل (استئناف مخطأ ٣٠ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٥) .

(٤) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٤ هامش ٤٦ - بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٢ ص ٢٠١ - أنسيكلو ييدي دالوز ١ لفظ action possessoire فقرة ٢٧ - فقرة ٣١ - نقض فرنسي ١٣ يولييه سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٧ - ١ - ١٧٤ .

(٥) نقض فرنسي ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٤١٧ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٥٠١ .

لا يتضمن نزولا عن دعوى الحيازة رفع طالب الحيازة دعوى بالشفعة ضد من سلب حيازته (١) ، أو رفعه دعوى مستعجلة بالتخاذ بعض إجراءات تحفظية (٢) . ولكن يكفي أن ترفع دعوى الملكية ليتضمن رفعها نزولا عن دعوى الحيازة ، حتى لو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة (٣) ، وحتى لو ترك المدعى الخصومة بعد رفع الدعوى (٤) . (ثانياً) أن رفع دعوى الملكية إنما يكون نزولا عن دعوى الحيازة التي يكون سببها راجعاً إلى تاريخ سابق على رفع دعوى الملكية ، أما إذا كان سبب دعوى الحيازة لاحقاً لرفع دعوى الملكية فبدیهی أن دعوى الملكية لا تتضمن نزولا عن سبب جد بعد رفعها (٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد رفع طالب الحيازة دعوى بالشفعة ضد من سلب حيازته ، في أثناء نظر دعواه بالحيازة أو قبلها أو بعدها ، لا يعتبر جمعاً بين دعوى اليد ودعوى الملك بما يسقط حقه في الادعاء بالحيازة . ذلك أن الشفعة وإن كانت من أسباب انفك ، غير أن السند القانوني للنشئ للملكية فيها هو الحكم الذي يصدر لمصلحة الشفع ، الذي لا يمكن أن يكون مالكا أو يدعي ثبوت الملك قبل الحكم له بأحقية انفك المقار المبيع (نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٥ رقم ١٤٥ : ويلاحظ أن محكمة النقض هنا سارت على مذهبا من أن الحكم بالشفعة سبب منشئ للملكية ، فيستقيم حكمها بأن دعوى الشفعة ليست بدعوى الملكية) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضاً في هذا المعنى بأن رفع دعوى الشفعة لا يعتبر رفعاً لدعوى الملكية ، وعلى ذلك لا يمنع من رفع دعوى الحيازة (استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ١٣) .

(٢) نقض فرنسي ٧ مارس سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٦ - ١ - ٣٨١ .

(٣) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٢ ص ٢٠٢ - نقض فرنسي ١٥ نوفمبر سنة ١٩٦٥ دالوز ٦٦ - ١ - ١١٦ - ٢٢ يونيو سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٧ - ١ - ٥٦ .

(٤) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٤ وهامش ٤٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٢ ص ٢٠٢ - نقض فرنسي ٢٠ مايو سنة ١٩٤٩ سيري ١ - ١٩٥ - ٩٩ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا حصل التعرض للحيازة بعد رفع دعوى الملك ، فإن للمدعي الملكية أن يلاحق بدعوى الملكية دعوى الحيازة بعد أن استجد سببها (نقض مدني ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٠ ص ٢٥٥) - وانظر محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٠ ص ٤٤ وانظر كذلك أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٢ ص ٢٠٢ - نقض فرنسي ١٥ يناير سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٤ - ١ - ١٥٩ - ٧ يولييه سنة ١٩٣٧ جازيت دي باليه ١٩٣٧ - ٢ - ٦٧٨ .

٣٥٠ - قاعده عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية

نلزم المرعى عليه : رأينا (١) أن الفقرة الثانية من المادة ٤٨ مرافعات تنص على ما يأتي : « ولا يجوز من المدعى عليه في دعوى الحيازة أن يدفعها بالاستناد إلى الحق ، ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل في دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذي يصدر فيها ، إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه » . ويؤخذ من هذا النص أن المدعى عليه يلتزم بعدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية من ناحيتين :

(الناحية الأولى) أنه إذا رفعت عليه دعوى الحيازة ، فإنه لا يستطيع أن يدفع هذه الدعوى إلا بدفع مستمد من الحيازة ذاتها ، بصرف النظر عن موضوع الحق . فلا يستطيع أن ينكر على المدعى حيازته بدعوى أنه هو المالك فيجب أن تكون عنده الحيازة ، لأن في هذا الدفع جمعا بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية . وإنما يستطيع أن يدفع دعوى الحيازة بأن الحيازة غير ثابتة للمدعى ، أو بأنها لم تتوافر فيها الشروط الواجبة ، أو بغير ذلك من الدفع التي ترجع إلى الحيازة لا إلى الملكية .

(الناحية الثانية) أنه إذا رفعت عليه دعوى الحيازة ، فإنه لا يستطيع ، قبل أن يفصل في هذه الدعوى ، أن يرفع هو دعوى الملكية على المدعى في دعوى الحيازة . ذلك لأنه يجب أن يترتب حتى يقضى في دعوى الحيازة حتى لا يجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية ، فإذا حكم في دعوى الحيازة لصالح المدعى وجب عليه أيضا أن ينفذ الحكم كاملا وألا يضيع على خصمه الحيازة التي قضى له بها (٢) . وبعد ذلك ، أي بعد أن يستقر خصمه في

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٤٨ .

(٢) بلانيول وريبير وييكار ٣ فقرة ١٩١ ص ٢٠٠ - وانظر م ١/٢٧ مرافعات فرنسي . وتزيد المادة ٢/٢٧ مرافعات فرنسي أنه إذا أبطأ المدعى الذي حصل على حكم لصالحه في دعوى الحيازة في تنفيذ هذا الحكم ، فشل بذلك المدعى عليه من أن يرفع دعوى الملكية ، جاز لهذا الأخير أن يحصل من محكمة دعوى الملكية على تعيين أجل ليقوم المدعى في أثناءه بتنفيذ الحكم ، وتقبل دعوى الملكية بمجرد انقضاء هذا الأجل (أنظر أوبري ودو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٥ - بلانيول وريبير وييكار ٣ فقرة ١٩١) . ولا يوجد نص مغايل في القانون المصري تطبيق القواعد العامة ، وقد نصل في تطبيقها إلى نفس النتيجة .

حيازته ، يستطيع هو أن يرفع عليه دعوى الملكية . فإن رفعها قبل ذلك ، أى قبل أن يفصل في دعوى الحيازة أو قبل أن يتخذ الحكم الصادر لمصلحة خصمه في هذه الدعوى ، فإن دعوى الملكية التى يرفعها لا تكون مقبولة (١) ، إلا إذا نخل بالفعل عن الحيازة لخصمه (٢) .

هذا إذا كانت الدعوى المرفوعة هي دعوى الحيازة . أما إذا كانت الدعوى المرفوعة هي دعوى الملكية ، فإن المدعى عليه في هذه الدعوى يستطيع ، قبل الفصل فيها ، أن يرفع دعوى الحيازة ، سواء كان سبب دعوى الحيازة سابقا على رفع دعوى الملكية أو لاحقا لرفع هذه الدعوى . وهذا بخلاف المدعى في دعوى الملكية فقد رأينا (٣) أنه لا يستطيع رفع دعوى الحيازة إلا إذا كان سبب هذه الدعوى لاحقا لرفع دعوى الملكية ، إذ أن رفع المدعى لدعوى الملكية يتضمن نزولا منه عن دعوى الحيازة كما سبق القول . وترجع العلة في التفرقة في دعوى الملكية ما بين المدعى والمدعى عليه على النحو المتقدم ، أن المدعى هو الذى رفع دعوى الملكية باختياره ، فيحمل هذا منه على نزول ضمنى عن دعوى الحيازة ، بخلاف المدعى عليه فهو لم يرفع دعوى الملكية بل رفعها عليه المدعى ، فلا يجوز أن يحرمه المدعى بفعله من حقه في رفع دعوى الحيازة (٤) .

(١) وتقضى محكمة النقض الفرنسية بأن الدعوى تكون مقبولة ، ولكن يؤجل إجراء السير فيها حتى يفصل في دعوى الحيازة وينفذ الحكم (نقض فرنسى ١٣ نوفمبر سنة ١٨٩٤ سيرة ٩٦ - ١ - ١٢٣) . ولكن نص تقنين المرافعات المصرى صريح في أن الدعوى تكون غير مقبولة : « ولا تقبل دعواه بالحق . . . » . وينسب بعض الفقهاء في فرنسا إلى الرأى الذى أخذ به تقنين المرافعات المصرى (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٣ هامش ٤٥ : ولا يحملان لرفع دعوى الملكية قبل الفصل في دعوى الحيازة وقبل تنفيذ الحكم أثرا إلا في قطع التقادم إذا تبين أن المدعى في دعوى الحيازة لم يرفع هذه الدعوى إلا ليحرق رفع دعوى الملكية حتى يمتنع قطع التقادم) .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢١ - وانظر مارك وريغو فقرة ٢٠٨ - أنسيكلو بيدي دالوز ١٦ لفظ action possessoire فقرة ٢٢ - فقرة ٣٤ - نقض فرنسى ٣٠ مايو سنة ١٩٤٩ سيرة ١٩٥٠ - ١ - ٩٩ .

(٣) أنظر آتفا فقرة ٣٤٩ .

(٤) استئناف مختلط ٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١١٦ - ١٧ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٦ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٤٢ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٥ وهامش ٤٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٢ ص ٢٠٢ - نقض فرنسى ١٦ ديسمبر سنة ١٨٧٤ دالوز ٧٥ - ١ - ١٠٣ .

٣٥١ - قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية

نظم القاضي : رأينا (١) أن الفقرة الأخيرة من المادة ٤٨ مراعاتاً تنص على ما يأتي : وكذلك لا يجوز الحكم في دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق ونفيه . . . ويعني ذلك أن القاضي بتقيد بقاعدة عدم الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية من ناحيتين : .

(الناحية الأولى) أن القاضي لا يستطيع أن يبنى حكمه في دعوى الحيازة ، قبولاً أو رفضاً ، على أسباب يستمدّها من موضوع الحق (٢) . فيجب عليه أن يبنى الحكم على أسباب مستمدة من الحيازة ذاتها ، ومن أنها استوفت شروطها . فإذا استند في إجابته لطلب المدعى في دعوى الحيازة على أنه هو المالك ، أو على أن حيازته تستخلص من سند ملكيته ، أو على أنه قد قضى له بالملكية بموجب حكم سابق ، كان هذا جمعاً غير جائز بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية (٣) . كذلك يعتبر جمعاً غير جائز بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن يرفض القاضي دعوى الحيازة بعد أن ثبت له الحيازة مستوفية

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٤٨ .

(٢) نقض فرنسي ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٠ سيرة ١٩١٥ - ١ - ١٠٨ - ١٠ يولي

سنة ١٩١١ سيرة ١٩١٥ - ١ - ١٢ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز الحكم في دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه . فإذا كانت الدعوى قد رفعت بطلب منع التعرض للطعن في المرور بالطريق الموصل إلى أرضه تأسيساً على استيفائه للشرائط القانونية التي تحمي يده على ارتفاق المرور ولم تؤسس على ثبوت حق الارتفاق في المرور وتملكه له ، فإن الحكم المطعون فيه ، إذ قضى برفض الدعوى على أساس انتفاء ملكية الطاعن لحق المرور الذي يخوله القانون لمن كانت أرضه محبوسة عن الطريق طبقاً للمادة ٨١٢ مدني ، يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه (نقض مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٨٢ ص ٥٥١) . وقضت أيضاً بأنه إذا رفعت دعوى منع تعرض ، وطلب المدعي الإحالة إلى التحقيق ليثبت انتفاعه بالشوارع المتنازع عليه المدة الطويلة المكسبة للملك ، فأنجزته المحكمة إلى طلبه هذا وباشرت التحقيق ، ثم عرضت عند انفصل في الموضوع إلى حق الارتفاق على الطريق ، وبنت على ثبوته بوضع اليد المدة الطويلة قضائها في دعوى التعرض ، ثم أيدت محكمة الدرجة الثانية هذا الحكم أخذه بأسبابه بالرغم من تملك المدعي عليه بعدم قبول دعوى الحيازة المرفوعة من خصمه بعد أن استحالت إلى دعوى ملك ، فذلك لما فيه من جمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملك خروج صريح على حكم المادة ٢٩ من قانون المرافعات (نقض مدني ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧١ ص ٢٥٨) . وأنظر أيضاً نقض مدني ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٠ ص ٢٠٥ . وقضت محكمة

لشراطلها ، مستندا في ذلك إلى أن المدعى عليه إنما كان يستعمل حقا ثابتا له ، أو أنه لم يلحق المدعى أى ضرر من تعرضه (١) . ولكن إذا استند القاضى فى حكمه فى دعوى الحيازة إلى أن الحيازة ثابتة مستوفية لشراطلها ، وأضاف

= التفض كذلك بأن المادة ٢٩ مرافعات (قديم) ، إذ تنهى عن الجمع بين دعوى اليد ودعوى الحق ، تلزم القاضى إلزامها بالمصوم بالتزول على حكمها ، فيتمتع على القاضى أن يقيم حكمه فى دعوى اليد على توافر وضع اليد بشروط القانونية أو عدم توافره ، لاعل ثبوت الحق أو عدم ثبوته . فإذا كان الحكم فى دعوى وضع اليد قد اتخذ من ثبوت حق الارتفاق الأساس الوحيد لقضائه بإعادة الطريق محل النزاع إلى حالته الأولى ، فإنه يكون مخالفا للقانون (نقض مدنى ٤ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفنى لأحكام التفض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٢٧) وقضت أيضاً بأنه لا يجوز لقاضى وضع اليد أن يحمل حكمه فى دعوى وضع اليد مبنياً فى جوهره على أسباب مائة بأصل حق الملك ، بل يجب عليه أن يكون جوهر بحثه فى هذه الدعوى منصفاً على تعيين ماهيتها والنظر فى توافر شروطها وعدم توافرها بحيث لو دعت ضرورة هذا البحث الرجوع إلى مستندات حق الملك فلا يكون ذلك مقصوداً لذاته ، بل يكون على سبيل الارتئاس ، وبالقدر الذى يقتضيه التحقق من توافر شروط وضع اليد ، الأمر الذى يجب أن يحمله القاضى مناط تقصيه . فان تجاوز هذا فبحث فى الملكية ففناها ، وجعل أساس قضائه و دعوى اليد ما قضى به أصل الحق ، فإنه يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام التفض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٢٣ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٤ رقم ١٣٤ - ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٤ رقم ١٣٥ - ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٤ رقم ١٣٦ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء أول ص ١٦٤٤ رقم ١٢٧ - ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٤ رقم ١٣٨ - ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٤ رقم ١٣٩ - ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٥ رقم ١٤٠ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٥ رقم ١٤١ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٦ رقم ١٥٠) . وقضت أيضاً بأن القاضى فى دعاوى وضع اليد أن يستخلص من مستندات المصوم ، ولو كانت خاصة بالملك ، كل ما كان متعلقاً بالحيازة وصفها (نقض مدنى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٠ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٥ رقم ١٤٢ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٥ رقم ١٤٣ - ٧ يونيو سنة ١٩٥١ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٥ رقم ١٤٤ - ١٢ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام التفض ٧ رقم ٧٠ - ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام التفض ٩ ص ٢١٢ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام التفض ١٣ رقم ١٩٤ ص ١٢٣٣) .

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٤ - بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٩ ص ١٩٨ - نفس فرنسى ١٧ يوليو سنة ١٩٠١ سيرييه ١٩٠٢ - ١ - ١٩٢ - ١٦ أوبريا سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ٣٨٤ .

مع ذلك تزيدا أسبابا أخرى مستمدة من موضوع الحق ، واقتصر في منطوق الحكم على الحيازة دون موضوع الحق ، لم يكن هذا جمعا بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية (١) .

(الناحية الثانية) أن القاضي لا يستطيع . في منطوق حكمه في دعوى الحيازة ، أن يمس موضوع الحق . أو أن يجعل الحيازة متوقفة على الملكية لا تنفصل عنها . أو أن يقضى بوقف الفصل في دعوى الحيازة إلى أن يصدر حكم في الملكية . فلو أن القاضي ، في منطوق حكمه في دعوى الحيازة . لم يقتصر على الحيازة في ذاتها . بل قضى للمدعى بحقوق أوسع مدى أو أشد قوة استنادا إلى موضوع الحق . كان هذا جمعا غير جائز بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية (٢) . كذلك يعتبر جمعا غير جائز بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن يرفض القاضي دعوى الحيازة على أساس أن الحيازة لا تنفصل عن الملكية . أو دون أن يرفض دعوى الحيازة بوقف الفصل فيها جاعلا من الفصل في الملكية مسألة أولية تسبق الفصل في دعوى الحيازة (٣) .

ولا يعتبر جمعا بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن يأمر القاضي في دعوى الحيازة بمعاينة محل النزاع (٤) ، أو أن يفحص سندات الملكية المقدمة من الخصوم ليسترشد بها في التعرف على طبيعة الحيازة ومداهها واستيفائها لشروطها (٥) . وتحرم المحكمة من المعاينة والمستندات ما إذا كان العقار المرفوع

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٠ - ص ٢١١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٩ ص ١٩٨ - نقض فرنسي ١٨ يونيو سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ - ١ - ٢٢٢ - ٢٩ مارس سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ - ١ - ٢٤٥ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٩ ص ١٩٨ - نقض فرنسي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٢٥٧ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٥ - ص ٢٠٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٩ ص ١٩٨ - نقض فرنسي ١٧ يوليو سنة ١٩٢٤ جازيت دي باليه ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٤ - ٥ مايو سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٥ - ١ - ٣٧٣ .

(٤) نقض فرنسي ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٨٠ سيريه ٨٢ - ١ - ٢٧٤ - ١٤ مارس سنة ١٨٨١ سيريه ٨١ - ١ - ٢٠٨ .

(٥) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٠ ص ١٩٨ - نقض فرنسي ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٢ جازيت دي باليه ١٩٢٣ - ١ - ٣٩٤ - ٩ يوليو سنة ١٩٤٦ دالوز ١٩٤٦ - ٣٩٤ . ويجوز بهذا الشرط فحص سند الملكية ولو كان

بشأنه دعوى منع التعرض ملكاً عاماً ليس فيه جمع بين دعوى اليد والملك ، لأن المقصود هو أن تستبين المحكمة حقيقة وضع اليد ، وقضاؤها المؤسس على أن العقار من المنافع العامة لا يمكن أن يكون حاصلاً للتراع في الملك ^(١) أما الحيازة ذاتها فيجب أن تثبت من الأعمال المادية المكونة لها ، ولا يصح أن تثبت من سند الملكية وحده فيحل هذا السند محل الحيازة ^(٢) .

— متنازماً في صحته (استئناف مخطط ١١ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٥٦ - ٢١ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٨١ - ٢١ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٦٣ - ٥ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢١١ - ٢٧ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٠ .

(١) نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٧ رقم ١٥٣ - ولا يعتبر جمعاً بين دعوى الملكية ودعوى الحيازة أن يمين القاضي في دعوى الحيازة خبيراً لتطبيق مستندات الملكية على العقار محل النزاع لتثبت من ذاتية هذا العقار (استئناف مخطط ١٤ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٦١).

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٠ - ص ١٩٩ - نقض فرنسي ١٢ مارس سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٣ - ١ - ١٩٢ - ونقض سندات الملكية ليس إجبارياً ، فيجوز للقاضي ألا يلجأ إلى هذا الفحص إذا لم يجد داعياً لذلك لانهج من الحيازة (أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٠ ص ١٩٩ - نقض فرنسي ٩ فبراير سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ١٦٧) . ولكن الفحص يكون مع ذلك إجبارياً إذا لم يكن منه بد للتعرف على الصفات الحقيقية للحيازة ، كما إذا أراد القاضي التثبت من أن حيازة حق ارتفاق لم تكن حيازة عرضية أو حيازة خفية (أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١١ ص ٢١٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٠ ص ١٩٩ - أنسيكلو بيدي دالوز ١ لفظ *action possessoire* فقرة ٣٩ - فقرة ٤٢ - نقض فرنسي ١٧ أكتوبر سنة ١٩٣٣ جازيت دي باله ٩٩٣٣ - ٢ - ٩٠٠ - ١٣ مارس سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥٠ - ٤١٥) . وقد قضت محكمة النقض بالاحراج على القاضي في دعوى الحيازة في أن يستخلص من مستندات الخصوم ، ولو كانت خاصة بالملك ، كل ما كان متعلقاً بالحيازة وصفاتها (نقض مدني ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٠ ص ٦٠ - وانظر نقض مدني ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٩٦ ص ١٣٧ - ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٣ ص ١١٠٩ - ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦ ص ٢٦ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٥٨ ص ١١١٢) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا كانت المحكمة في دعوى منع التعرض قد حصلت تحصيلاً سائفاً من الأدلة التي ساقها في حكمها ومن الماينة التي أجرتها بنفسها أن الأرض المتنازع على حيازتها مازالت تستعمل جبراً محورياً ، وأنها بذلك تموض المنافع العامة التي لا يجوز تملكها بوضع اليد ، كان حكمها بمد قبول دعوى الحيازة المرفوعة في شأنها صحيحاً قانوناً . ثم إن تحري المحكمة من الماينة ومن المستندات ما إذا كان العقار المرفوع في شأنه دعوى منع التعرض ملكاً عاماً أم لا ، ليس فيه جمع بين دعوى الحيازة والملك ، لأن المقصود هو أن تستبين حقيقة وضع اليد إن كان يخول رفع دعوى الحيازة أم لا ، حتى إذا رأته

كذلك لا يعتبر جمعا بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن يحكم القاضي في دعوى الحيازة بالإزالة والتسليم^(١) ، أو أن يأمر في دعوى الملكية بإجراءات وقتية للمحافظة على الشيء محل النزاع^(٢) . ويمكن الحكم في دعوى الحيازة بتعويض ، ولكن لا بسبب الحرمان من الانتفاع بالملك فإن هذا محله دعوى الملكية لا دعوى الحيازة ، ولكن بسبب الضرر الذي نجم عن أعمال التعرض أو عن اغتصاب المال قهرا^(٣) .

= الأمر واضحا في أن العقار من الملك العام وأن النزاع في شأنه غير جدي قبلت الدفع ، وإلا فصلت في دعوى منع التعرض فارة الخصوم المنازعة في الملك فيما بعد (نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠٩ ص ٢٨٠) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الحكم قد أقام قضاءه بمنع التعرض في تطهير مسق وتمييقها على ثابت لدى المحكمة من تقرير الخبير الممين في الدعوى من أن المدعين يملكون نصف المسق تجاه أرضهم وأن هذا النص يدخل في الأرض المكلفة بأسائهم ، وأن ربه من المسق يرجع إلى مدة تزيد على سنة سابقة على التعرض فإن استناد هذا الحكم إلى سابقة استعمال المدعين المسق للرى ذلك يكفي لأن يقام عليه القضاء بمنع التعرض ، أما ما جاء عن الملكية فليس إلا من قبيل التزيد (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٢ ص ٧) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم الصادر بمنع التعرض قد قضى بالإزالة والتسليم ، فلا محل للنسب عليه بأنه قد جمع بين دعوى الملكية ودعوى اليد . ذلك لأن الإزالة هي من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض ، وذلك بإزالة الأضرار المادية التي أوجراها المتعرض كتسوير الأرض ووضع أخشاب وإقامة هيكل ومسرح وغيرها ، مما يعتبر وجودها في ذاته تمرداً لحيازة واضح اليد مما تتسع ولاية قاضي الحيازة لمنه متى قامت لديها أسبابه . وكذلك التسليم ، إذ يعتبر من مستلزمات منع التعرض وإعادة يد الحائز إليه (نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٦ رقم ١٤٧) .

(٢) ولكنه لا يستطيع الفصل في طلب عارض يكون في حقيقته دعوى حيازة ، ولومن طريق الأمر باتخاذ هذه الإجراءات التحفظية الوقية (استئناف مخطوط ٨ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٩٨ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٢) .

(٣) استئناف مخطوط ١٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩٥ - ١١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٢٥ - ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٣٦ - وانظر في بقاء قاعدة عدم الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية في القانون الفرعي بالرغم من صدور دكرينو ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٨ القاضي باختصاص محكمة دعوى الحيازة بالنظر في الدفوع المتعلقة بالملكية : مارك وريينو فقرة ٢١٠ .

٣٥٢ - عدم هيبة الحكم الصادر في دعوى الحيازة بالنسبة إلى دعوى

الملكية : ولا يكون للحكم الصادر في دعوى الحيازة حجية أمام المحكمة التي تنظر دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ، وذلك حتى بالنسبة إلى الحيازة ذاتها . فقاضى موضوع الحق ليس مقيدا بحكم قاضى الحيازة فيما يتعلق بثبوت الأعمال المادية المكونة للحيازة ، أو فيما يتعلق بثبوت الصفات المنسوبة إليها (١) .

عل أنه يستثنى أمران مما تقدم : (الأمر الأول) إذا فصل قاضى الحيازة في دعوى الملكية أو في دعوى موضوع الحق بالرغم من عدم اختصاصه ، ولم يكن هناك طريق مفتوح للطعن في هذا الحكم ، فإن الحكم يحوز قوة الأمر المقضى (٢) . (والأمر الثانى) إذا حصل الحصم على حكم من قاضى الحيازة بأنه هو الحائز ، كان هذا الحكم حجة بثبوت الحيازة له . فيكون هو المدعى عليه في دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ، ولا يلزم إذا كان حسن النية برد الثمار إلا من وقت رفع هذه الدعوى الأخيرة (٣) .

§ ٢ - العموق ما بين الحائز والمالك

٣٥٣ - ظهور أنه الحائز غير مالك : قد يكون الحائز هو المالك ، وهذا هو الغالب . بل قد تكون الحيازة ذاتها هى سبب كسب الحائز للملكية ، كما هو الأمر في الاستيلاء وقد سبق الكلام فيه ، وكما هو الأمر في كسب الحائز حسن النية للمنتول وكسبه للثمار وسيأتى الكلام فيهما ، وكما هو الأمر في التصادم فيكسب الحائز الملكية بالتصادم الطويل أو بالتصادم القصير طبقا للأحكام التي سيرد ذكرها .

(١) أوبرى ودو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٥ - بلانيول وريبير ويكار ٢ فقرة ١٩٣ ص ٢٠٢ .

(٢) أوبرى ودو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٦ - بلانيول وريبير ويكار ٢ فقرة ١٩٣ ص ٢٠٢ .

(٣) أوبرى ودو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٢٨٤ هامش ٢٤ - بلانيول وريبير ويكار ٢

فقرة ١٩٣ ص ٢٠٢ - أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ action possessoire - فقرة ٤٩ - فقرة ٥٠ .

ولكن قد يظهر أن الحائز هو غير المالك ، وأنه لم يكسب الملكية لابلحيازة ولا بسبب آخر من أسباب كسب الملكية . فعند ذلك إذا رفع المالك دعوى الاستحقاق على الحائز واسترد منه ملكه ، قد يقتضى الأمر أن يسترد الحائز من المالك المصروفات التى قد يكون أنفقها على الشيء عند ما كان فى حيازته ، وقد يقتضى الأمر كذلك أن تتحقق مسئولية الحائز عن هلاك الشيء أو تلفه إذا هلك أو تلف وهو فى حيازته . فتكلم إذن فى مسألتين : (أ) استرداد الحائز للمصروفات ^(١) . (ب) مسئولية الحائز عن الهلاك أو التلف .

١- استرداد الحائز للمصروفات

٣٥٤- نصصرى قانونية : تنص المادة ٩٨٠ مدنى على ما يأتى :

١ - « على المالك الذى يرد إليه ملكه أن يؤدى إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية » .

٢ - « أما المصروفات النافعة ، فيسرى فى شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ » .

٣ - « فإذا كانت المصروفات كالية ، فليس للحائز أن يطالب بشيء منها . ومع ذلك يجوز له أن يترع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة » .

وتنص المادة ٩٨١ مدنى على ما يأتى :

« إذا تلقى شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق ، وأثبت أنه أدى إلى سلفه ما أنفق من مصروفات ، فإن له أن يطالب بها المسترد » .

وتنص المادة ٩٨٢ مدنى على ما يأتى :

« يجوز للقاضى ، بناء على طلب المالك ، أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها فى المادتين السابقتين . وله أن يقضى بأن يكون

(١) أما إذا بقي الحائز أو غرس فى الأرض التى حازها ، وتملك صاحب الأرض البنية أو الفراس بالانصاق ، فقد بطلنا تفصيلاً الأحكام المتعلقة بذلك وبماذا يرجع الحائز على المالك تعويضاً عما تكلفه من نفقات فى البناء أو الفراس ، وذلك عند الكلام فى الانصاق .

الوفاء على أقساط دورية ، بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام ، إذا هو عاجل مبلغا يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوما منها فوائدھا بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقھا (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، فيما عدا المادة ٩٠٥
فقرة ٣٠٢/٣ ٧٣١ فقرة ٣٠٢ من هذا التقنين الأخير ، فإنھا تقابل المادة
٩٨٠/٢٠ من التقنين المدني الجديد (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٨٠ : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٢ من المشروع التمهيدى عل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٥٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٠ - ص ٥٢٢) .

م ٩٨١ : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٣ من المشروع التمهيدى عل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٥٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٢ - ص ٥٢٣) .

م ٩٨٢ : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٤ من المشروع التمهيدى عل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا البقرة الأخيرة فقد كانت في المشروع التمهيدى تجري على الوجه الآتى : « وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو وفى مالا توازى فوائده بالسعر القانوني قيمة هذه الأقساط » . وعدلت لجنة المراجعة هذه البقرة إلى ما صارت عليه في التقنين المدني الجديد ، فأصبح النص ، تحت رقم ١٠٥٧ في المشروع النهائي ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٣ - ص ٥٢٥) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٦٠٥ فقرة ٢ و ٣/٣ ٧٣١ فقرة ٣٠٢ : يكون الحق في حبس المدين في الأحوال الآتية : ... (أولاً) ... (ثانياً) للدائن الذى له حق امتياز ، ولمن أوجد تمهيداً في المدين ويكون حقه من أجل ماضيه أو ما ترتب هل ماضيه من زيادة القيمة التى حصلت بسبب التحسين على حسب الأحوال . (ثالثاً) لمن صرف على المدين مصاريف ضرورية أو مصاريف لصيانتها .

(والتقنين المدني السابق لا يجعل المصروفات النافعة ، كما جعل التقنين المدني الجديد ، حكم التخصيصات المستحقة في نظير التملك بسبب الالتصاق . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى التقنين المدني الجديد : « وأورد المشروع القاعدة في استرداد المصروفات ، وقرر بعض المسائل الهامة في هذا الموضوع كطالبة الحائز للمسترد بالمصروفات التى دفعها إلى مالك أوحائز سابق ، وكالتيسير على المالك في الوفاء بما يجب عليه رده . أما التقنين الحالي (السابق) فقد تقتصر على إيراد القاعدة الأساسية في استرداد المصروفات ، وساقها بطريقة عرضية في صدد الكلام في حق الحبس : (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٥) »

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٣١ - ٩٣٣ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٨٤ - ٩٨٦ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٦٧ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل^(١).

ويخلص من النصوص سالفة الذكر أن المالك ، إذا استرد ملكه من الحائز ، يرد إلى هذا الأخير ما أنفق من المصروفات ، ويختلف ما يرده بحسب ما إذا كانت هذه المصروفات مصروفات ضرورية ، أو مصروفات نافعة ، أو مصروفات كمالية . ويرد المصروفات ، ليس فحسب إلى الحائز الذي أنفقها ، بل أيضاً إلى خلف هذا الحائز إذا كان هذا الأخير قد أدى لسلفه ما أنفق من مصروفات . وقد يواجه المالك ، من جراء ذلك ، مسئولية عن مبالغ كبيرة يجب عليه ردها للحائز أو لخلفه ، فأعطاه القانون الحق في أن يطلب من القاضي أن يقرر ما يراه مناسباً للتيسير عليه في الوفاء بهذا الالتزام . فهذه جملة من المسائل نحسب فيها يلي :

٣٥٥ - المصروفات الضرورية تروى كلها : وقد رأينا (٢) أن المادة

٩٨٠ / ١ مدني تلزم المالك الذي يرد إليه ملكه بأن « يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفق من المصروفات الضرورية » . والمصروفات الضرورية هي المصروفات غير العادية التي يمين إنفاقها للمحافظة على الشيء فإذا أنفق الحائز مصروفات لترميم العين ترميماً ضرورياً ، أو دفع ديناً يكفله رهن على العين ، أو أنفق

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٣١ - ٩٣٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٨٤ - ٩٨٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٦٧ (توافق م ٩٨٠ مصري ، ولا مقابل في التقنين العراقي للمدتين ٩٨١ - ٩٨٢ مصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل . ولكن أنظر م ١٤٢ من تقنين الميرجيات

والعقود البتاني : لا يلزم الكاسب بالرد إلا بقدر الكسب الذي يكون له يوم الإدعاء ، مالم يتضمن القانون نصاً على العكس - ويكون الأمر بخلاف ذلك إذا كان الكاسب سيئ النية وقت الكسب ، فمتنزه يصبح مسئولاً عن كل ما كسبه ، أية كانت الحوادث التي تقع بعد ذلك من هلاك أو تفرغ أو تمييع . ويحمل في هذه الحال جميع المخاطر ، ويلزم برد جميع النتائج التي جناها أو كان يجب أن يجنيها . ولا يمتنع له إلا المطالبة بالتلفقات الضرورية .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٥٤ .

مصرفوات لإنقاذ الشيء من حريق يوشك أن يلتهبه ولا بدله في هذا الحريق ، فهذه كلها مصرفوات ضرورية ، يتردها الحائر بأكلها من المالك ولو كان الحائر مئىء النية ، لأن المالك كان مضطرا لدفعها لو أن الشيء بقى فى حيازته . ويمكن تخريج هذا الحكم على قاعدة الإثراء بلا سبب ، إذ يرجع الحائر على المالك بأقل القيمتين ، وأقل القيمتين هنا هى المصرفوات الضرورية التى أنفقها الحائر إذ هى بطبيعة الحال أقل من قيمة الشيء نفسه .

ولا تدخل مصرفوات الصيانة ولا الضرائب التى دفعها الحائر ضمن المصرفوات الضرورية ، إذ هى مصرفوات عادية أنفقها الحائر للانتفاع بالشيء . وقد انتفع به فعلا .

٣٥٦- المصرفوات النافعة تسرى فى شأنها أعلام الالتصاق : وتقضى

المادة ٢/٩٨٠ مدنى ، كما رأينا (١) ، بأن المصرفوات النافعة تسرى فى شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و٩٢٥ . والمصرفوات النافعة مصرفوات ينفقها الحائر ، لا للمحافظة على الشيء أو لإنفاذه من الهلاك ، بل لتحسينه وزيادة قيمته والإكثار من طرق الانتفاع به . مثل ذلك أن يدخل الإضاءة الكهربائية أو المياه الجارية أو المجارى فى الدار ، وأن ينشئ المراوى والمصارف فى الأرض الزراعية . فهذه مصرفوات لم يكن يتعين على المالك إنفاقها لو أن العين بقيت فى حيازته ، ولكنها مصرفوات زادت فى قيمة العين وحسنت من الانتفاع به فهى أقرب ما يكون إلى المنشآت التى يقيمها الشخص فى أرض غيره ، فيتملكها صاحب الأرض بالالتصاق فى نظير دفع تعويض عن هذه المنشآت . ولذلك ألحقها القانون فى الحكم بهذه المنشآت ، فتسرى عليها أحكام المادتين ٩٢٤ و٩٢٥ مدنى ، وهى النصوص التى تتعلق بمن يقيم منشآت فى أرض غيره ، وقد بينا ما تقضى به هذه النصوص تفصيلا عند الكلام فى الالتصاق . فنكتفى هنا بتلخيص هذه الأحكام فى إيجاز ، ونحيل فى التفصيلات إلى ما سبق أن أوردناه فى هذا الشأن :

فاذا كان الحائر حسن النية ، وأنفق مصرفوات نافعة ، فعلى المالك أن يرد له أقل القيمتين : ما أنفقه الحائر فعلا أو مبلغا يساوى ما زاد فى قيمة العين

(١) انظر آنفاًقرة ٣٥٤ .

بسبب المصروفات . وليس في هذا إلا تطبيق لقواعد الإثراء بلا سبب فالمالك يدفع للحائر ما أنفقه هذا الأخير فعلا وهي القيمة التي افترض بها . أو مقدار الزيادة في قيمة العين وهي القيمة التي اغتنى بها المالك ، أيها أقل (١) . وإذا كان الحائر سعى النية ، فللمالك الخيار بين طلب إزالة التحسينات التي أحدثها الحائر ، أو استبقاها . فان طلب إزالتها : وجب أن يكون هذا الطلب في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه المالك بحدوث هذه التحسينات ، وتكون الإزالة على نفقة الحائر مع إلزامه بالتعويض إن كان له وجه . وإن طلب استبقاها ، وجب عليه أن يدفع للحائر أقل القيمتين : قيمة التحسينات مستحقة الإزالة أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة العين بسبب هذه التحسينات (٢) .

٣٥٧- المصروفات الكمالية لزرو : وتقتضي المادة ٣/٩٨٠ مدني ، كما رأينا (٣) ، بأنه إذا كانت المصروفات كمالية « فليس للحائر أن يطالب بشيء منها . ومع ذلك يجوز له أن يتزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقيا مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة » . والمصروفات الكمالية هي مصروفات لا تعود بأكبر نفع على العين ذاتها . ولكنها تنفق لترزين العين وتجميلها على الوجه الذي يريده الحائر لاستمتاعه الشخصي . فدهن الحيطان بالزيت أو توريقها . ووضع خشب « الباركيه » في أرضية الحجرات . وتوسيع حديقة الدار وإنشاء نافورة مياه فيها . وترصيف مما شىء الأرض الزراعية . وإنارة هذه المماشي بالنور الكهربائي . وإقامة التماثيل على جانبيها . كل هذه مصروفات كمالية قصد بها ترزين العين وتجميلها للترفيه . ومن ثم لا يجوز للحائر أن يطالب المالك برد هذه المصروفات . وكل ما يستطيعه هو أن يتزع ما استحدثه من منشآت التزيين والتجميل ، على أن يعيد العين إلى حالتها الأولى على نفقته . وحتى في هذه الحالة ، يجوز للمالك أن يطلب استبقاء هذه المنشآت . على أن يدفع للحائر قيمتها مستحقة الإزالة .

(١) أنظر آتفاقرة ١٠٤ .

(٢) أنظر آتفاقرة ١٠٣ .

(٣) أنظر آتفاقرة ٣٥٤ .

٣٥٨ - رد المصروفات إلى خلف الحائز : وقد رأينا (١) أن المادة

٩٨١ مدني تقضي بأنه : إذا تلقى شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق ، وأثبت أنه أدى إلى سلفه ما أنفق من مصروفات ، فإن له أن يطالب بها المسترد (٢) . فإذا كان الحائز قد أنفق مصروفات ضرورية أو مصروفات نافعة أو مصروفات كمالية ، ثم نقل العين إلى خلف له ، فأدى هذا الخلف لتسائر المصروفات الضرورية بأكملها أو ما يستحق من المصروفات النافعة أو قيمة ما استحدثه الحائز من منشآت كمالية وهي مستحقة الإزالة ، فإن المالك إذا استرد العين من خلف الحائز ، وجب عليه أن يرد لهذا الخلف ما أداه الخلف لسلفه .

وبلاحظ أنه إذا أدى الخلف لسلفه مبالغ أكثر مما كان يحق للسلف أن يطالب به المالك ، فإن المالك لا يرد للخلف إلا المقدار الذي كان يحق للسلف مطالبته به طبقاً للقواعد سالفة الذكر ، وما زاد على هذا المقدار يرجع به الخلف على السلف إن كان هناك وجه للرجوع . وما قلناه في الخلف يسرى في شأن خلف الخلف ، إذا دفع هذا الأخير للخلف مادفعه الخلف للحائز .

٣٥٩ - التبشير على المالك في الوفاء بما يجب عليه ردده من المصروفات

وقد رأينا (٣) أن المادة ٩٨٢ مدني تقضي ، تبشيراً على المالك ، بأن له أن (١) أنظر آتياً فقرة ٣٥٤ .

(٢) يقول النص : «إذا تلقى شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق» . وهذا النص مقتبس من المادة ٥٤٧ من مشروع التقنين المدني الإيطالي (الذي أصبح فيما بعد التقنين المدني الإيطالي الجديد) ، وتجري هذه المادة على الوجه الآتي :

Le possesseur peut demander une indemnité même pour les frais prévus aux articles précédents fait par son auteur ou par le possesseur précédents, s'il établit, avoir remboursé.

(أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى جزء ٤ ص ٢٥٠ في الخامس) .
فالمفروض إذن أن يتلقى شخص الحيازة من تلف غير مالك أو من سلف هذا السلف ، لا من المالك نفسه لأن المالك هو الذى يسترد العين ويرد المصروفات . وعلى هذا الوجه يجب تفسير نص المادة ٩٨١ مدني ، رجوعاً إلى المصدر الذى اقتبست منه . ويؤيد ذلك ماورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الشأن ، فهو يقول : «هذا كله لو كان المالك يسترد العين من الحائز الذى أنفق هذه المصروفات ، أما إذا كان يستردها من خلف لهذا الحائز ، وكان الخلف قد أدى لسلفه ما أنفق من المصروفات ، فإن للخلف أن يطالب المالك بما أداه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥٢٤) .

(٣) أنظر آتياً فقرة ٣٥٤ .

يطلب من القاضى « أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها فى المادتين السابقتين ، بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام ، إذا هو عجل مبلغاً يوازى قيمة هذه الأقساط مخصوماً منها فوائدُها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها . وعلى ذلك يجوز للمالك أن يطلب من القاضى ، كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء ، كأن ينظره إلى أجل ، أو يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية ، إذا قدم المالك الضمانات اللازمة (١) .

وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٨٢ مدنى يقول فى عبارته الأخيرة : « وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو وفى مالا توازى فوائدُها بالسعر القانونى قيمة هذه الأقساط » (٢) . فكان المشروع التمهيدى يقصد إلى أن المالك يجوز له أن يستعفى عن التزامه بتقديم الضمانات اللازمة بتقديم الضمان الأوفى ، وهو أن يقدم مالا يستطيع الحائز أن يتردد من فوائدُها بالسعر القانونى الأقساط المستحقة له ، حتى إذا ما استوفى الأقساط كلها ردد المال إلى المالك . ولكن المشروع التمهيدى عدل فى لجنة المراجعة : فأصبحت العبارة الأخيرة من

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٤ .

(٢) أنظر آنفاً ص ٩٧٠ هامش ١ . - ونص المشروع التمهيدى مقتبس من المادة ٥٤٨

من المشروع الفرنسى الإبطى - وتجرى على الوجه الآتى :

Sur la demande du débiteur, le juge pourra régler par le moyen qu'il jugera opportun le paiement des indemnités prévues aux articles et établir le remboursement même sous forme d'annuités ou de prestations périodiques avec les garanties nécessaires. Le débiteur peut se libérer de cette obligation en offrant la capital évalué à raison de taux légal d'intérêt.

(أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى جزء ٤ ص ٢٥١ فى الهامش) .

واقتباس المشروع التمهيدى من هذا النص جاء غير دقيق فظاهر أن نص المشروع الفرنسى الإبطى قد قصد إلى أنه يجوز للقاضى أن يجعل الدفع فى صورة إيراد سنوى (annuité) . يستطيع المالك أن يتخلص فى أى وقت من الالتزام بدفعه بأن يدفع للعائز رأس مال يقدر على أساس أن يكون هذا الإيراد السنوى هو الفائدة بالسعر القانونى لرأس المال الواجب رده . فيكون الالتزام الذى يجوز التخلص منه بدفع رأس المال ليس هو الالتزام بتقديم الضمانات كما جاء فى المشروع التمهيدى ، وليس هو الالتزام برد المصروفات كما قررت لجنة المراجعة . بل هو الالتزام بدفع الإيراد السنوى . وكان الأفضل استبقاء الحكم كما ورد فى المشروع الفرنسى الإبطى ، لا كما اقتبس فى المشروع التمهيدى ، ولا كما عدل فى لجنة المراجعة .

المادة ٩٨٢ مدنى تجرى على الوجه الآتى : « والمالك أن يتحمل من هذا الالتزام ، إذا هو عجل مبلغا يوازى قيمة هذه الأقساط مخصوما منها فوائد بها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها » . فتغير معنى النص بهذا التعديل تغيرا جوهريا . وأصبح الالتزام الذى يتحمل منه المالك ليس هو الالتزام بتقديم الضمانات اللازمة ، بل الالتزام برد المصروفات . وأصبح المالك يستطيع أن يتحمل من هذا الالتزام الأخير بتعجيل مبلغ يوازى قيمة ما يتبقى فى ذمته من الأقساط مخصوما منها فوائد بها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها . فإذا قسط القاضى حل المالك المبلغ الذى يجب عليه دفعه للحائز أقساطا سنوية خمسة مثلا مع تقديم الضمانات اللازمة ، ودفع المالك للحائز القسطين الأولين فى ميعادهما ، ورأى المالك بعد ذلك أنه يستطيع أن يوفى الحائز الأقساط الثلاثة الباقية فوراً ، فإن القانون يبيح له فى هذه الحالة أن يعجل للحائز مبلغاً يوازى قيمة الأقساط الثلاثة الباقية ، مخصوما منه الفوائد بالسعر القانونى لغاية ميعاد استحقاق كل قسط منها ، وذلك فى نظير التعجيل بالوفاء قبل ميعاد الاستحقاق (١) .

ب - مسؤولية الحائز عنه هلاك العين أو تلفها

٣٦٠ - نصومى قانونية : تنص المادة ٩٨٣ مدنى على ما يأتى :

١ - « إذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشئ » وفقاً لما يحسبه من حقه ، فلا يكون مسئولاً قبل من هو ملزم برد الشئ » إليه عن أى تعويض بسبب هذا الانتفاع » .

(١) ولاشك فى أن التعديل الذى أجبرته لجنة المراجعة فى نص المشروع النهيى يحل الحكم أقل غرابة مما كان فى المشروع . فإذ المشروع كان يقضى بجواز التحلل من الالتزام بتقديم الضمانات اللازمة عن طريق تعجيل مبلغ حسم تكفى فوائد بالسعر القانونى للوفاء بالأقساط المستحقة فى ذمة المالك . فإذا كان المالك عاجزاً عن دفع المبلغ المطلوب فوراً ومن أجل ذلك طلب من القاضى التيسير عليه فى الدفع مع تقديم الضمانات اللازمة ، فكيف يتسنى له أن يدفع فوراً ، بدلاً من تقديم هذه الضمانات ، مبلغاً أكبر بكثير من المبلغ الذى أعلن أنه عاجز عن دفعه فى الحال إذ أن فوائد المبلغ الأول محسوبة بالسعر القانونى تكفى وحدها للوفاء بجميع الأقساط .

٢ - « ولا يكون الحائز مسئولاً عما يصيب الشيء من هلاك أو تلف ، إلا بقدر ماعاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف » .

وتنص المادة ٩٨٤ مدني على ما يأتي :

« إذا كان الحائز سعيء النية ، فإنه يكون مسئولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث فجائي ، إلا إذا ثبت أن الشيء كان بهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه » (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق . ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٣٤ - ٩٣٥ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٨٧ - ٩٨٨ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٦٨ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٨٣ : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا فروقاً لفظية طفيفة . وأدخلت لجنة المراجعة بعض تعديلات لفظية جملة النص ، تحت رقم ١٠٥٨ في المشروع مطابقاً لكل المطابقة لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٦ - ص ٥٢٧) .

م ٩٨٤ : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٥٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٨ - ص ٥٢٩) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٣٤ - ٩٣٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٨٧ - ٩٨٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٦٨ (تطابق م ٩٨٤ مصري - ولا مقابل في التقنين العراقي

المادة ٩٨٣ مصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (ولكن أنظر م ١٤٢ من تقنين الموجبات والقيود اللبناني آنفاً فقرة ٣٥٤ في الماش : وهذا النص يلزم الحائز سعيء النية بأن يتحمل جميع المخاطر فيتحمل تبعه الهلاك ، وعلى ذلك لا يتحمل الحائز حسن النية هذه التبعة) .

ويخلص من النصوص سالفة الذكر أنه ، في مسئولية الحائر عن هلاك الشيء أو تلفه ، يجب التمييز بين ما إذا كان الحائر حسن النية فلا يتحمل تبعه هلاك الشيء ، وما إذا كان سيئ النية فيتحمل هذه التبعة .

٣٦١ - مسئولية الحائر حسن النية : إذا كان الحائر حسن النية ، ويعتقد أن الشيء مملوك له ، فانه ينتفع به كما ينتفع المالك بملكه . فله أن يستعمله ، وأن يستغله . فإذا نقصت قيمة الشيء بسبب الاستعمال أو الاستغلال ، لم يكن مسئولاً قبل المالك عن نقص القيمة . وإذا جنى ثماره ، فانه يملكها بالقبض ، ولا يكون مسئولاً عن ردها للمالك كما سيأتي . وبالجملية لا يكون مسئولاً قبل المالك عن أى تعويض بسبب انتفاعه بالشيء على الوجه المتقدم الذكر . وتقول الفقرة الأولى من المادة ٩٨٣ مدنى ، كما رأينا (١) ، فى هذا الصدد : « إذا كان الحائر حسن النية وانتفع بالشيء وفقاً لما يحسبه من حقه ، فلا يكون مسئولاً قبل من هو ملزم برد الشيء إليه عن أى تعويض بسبب هذا الانتفاع . أما إذا استهلك الحائر الشيء أو هلك الشيء بخطأه ، فالواجب تطبيق القواعد العامة ، ويكون الحائر مسئولاً عن التعويض » (٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٠ .

(٢) وقد طبقت القواعد العامة فى أحوال ثلاث ماثلة لحالة الحائر : (الحالة الأولى) حالة دفع غير المستحق ، وقد قررنا فى صدها ما يأتى : وتنص المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى - وقد حذفت عنه المراجعة - على ما يأتى : « فإذا ضاع هذا الشيء أوتلف بسبب أجنبى التزم برد قيمته وقت الضياع أو التلف إذا كان قد تسلمه وهو سيئ النية ، وذلك دون إخلال بحق من سلم هذا الشيء فى استرداده ولواتلفاً ، مع التعويض عن نقص قيمته بسبب التلف . . . ويتبين من مفهوم مخالفة المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى . . . أن المفهوم له إذا كان حسن النية لا يكون مسئولاً عن هلاك المين أو تلفها أو ضياعها إلا إذا كان ذلك قد وقع خطأً منه ، وعلى الدافع إثبات هذا الخطأ (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٨٣٩) . (الحالة الثانية) حالة تقرير بطلان العقد وما يترتب على ذلك من وجوب الرد ، وقد قررنا فى هذا الصدد ما يأتى : وأما إذا أصبح الاسترداد مستحيلاً ، بأن هلك المبيع مثلاً فى يد المشتري وخطأً منه ، حكم القاضي بتعويض مبادل . فألزم المشتري برد قيمة المبيع وقت الهلاك طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية لاعل أساس العقد الذى تقرّر بطلانه ، وألزم البائع برد الثمن على أساس دفع غير المستحق (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٣٣٧) . (الحالة الثالثة) حالة فسخ العقد وما يترتب على الفسخ من وجوب الرد ، وقد قررنا فى هذا الصدد ما يأتى : « وإذا هلك المبيع وكان المشتري هو الذى يطالب بالفسخ ، لم يجب إلى طلبة إذتضمن عليه إعادة الشيء إلى أصله كما قلنا . أما إذا كان البائع -

يُفرض ما إذا كان الشيء قد هلك بسبب أجنبي . أى بغير خطأ الحائز .
وقد تكفلت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٣ مدنى ببيان الحكم فى هذا الفرض ،
فقلت كدارأنا (١) : « ولا يكون الحائز مسئولاً عما يصيب الشيء من هلاك
أو تلف ، إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف » .
وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « إذا هلك
الشيء فى يد الحائز حسن النية : فلا يكون مسئولاً عنه ما دام أنه كان يستغله
وفقاً لما يحسب أنه حق له : ولا يرد للمالك إلا ما عاد عليه من فائدة بسبب
هذا الهلاك أو التلف من مبلغ تأمين أو تعويض . ويتصل بهذا الحكم حكم
من تسلم شيئاً وهو حسن النية وتصرف فيه بعوض . فيجب أن يرد ما قبضه
من عوض » (٢) . فالقاعدة العامة هى إذن : فى فرض ما إذا هلك الشيء فى
يد الحائز حسن النية بسبب أجنبي . ألا يكون الحائز مسئولاً عن الهلاك ،
إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة بسبب هذا الهلاك (٣) .

— هو الذى يطالب بالتفويض وهلك المبيع فى يد المشتري . فان كان اخلاك بخطأ المشتري حكم عليه بالتعويض ، وقد نصت المادة ١٦٠ بأنه إذا بالاستحالة الرد حكم بالتعويض « (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٧٨ ص ٨٠٤) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٦٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٨ .

(٣) وقد طبقت هذه القاعدة العامة فى الأحوال الثلاث التى سبق أن استعرضناها فى فرض ما إذا كان الهلاك بخطأ الحائز . (فى الحالة الأولى) وهى حالة دفع غير المستحق ، قررنا ما يأتى :
وأما إذا كان (المدفوع له) قد انتفع بالمعين الانتفاع العادى . وفقاً لما يحسبه من حقه ، وهلك
المعين أو تلفت أو ضاعت (بسبب أجنبي) ، فلا يكون مسئولاً إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة
ترتبت على هذا الهلاك أو التلف أو الضياع ، كما إذا انتفع بـتفويض منزل فى بناء منزل آخر ،
أو حول سيارة دكوب إلى سيارة نقل للبضائع ، أو ذبح ماشية وانتفع بـلحمها . ولقد افترق
فى جميع الأحوال أن يسترد الشيء التالف فى الصورة التى آل إليها بعد التلف ، دون أن
يتقاضى تعويضاً عن التلف مادام هذا التلف لم يقع بخطأ المدفوع له كما مر بنا . أما إذا كانت
المعين قد خرجت من يد المدفوع له إلى يد أخرى . فقد نصت المادة ٢٥٧ من المشروع التمهيدى -
وهذه حذفت أيضاً عند المراجعة - على ما يأتى : ١ - من تسلم وهو حسن النية الشيء « المعين
بالذات وتصرف فيه بعوض قبل أن يعلم أنه ملزم برده ، وجب عليه أن يرد ما قبضه من
عوض أو أن يعول حقه فى المطالبة بهذا العوض . ٢ - فإذا كان قد تصرف بغير عوض ،
فلا يلتزم أن يرد شيئاً ، ولكن يلتزم من صدر له هذا التبرع بتعويض لا يجاوز قيمة ما أثرى به
قبل من سلم الشيء غير المستحق - وإذا أغفلنا من هذا النص العبارة الأخرى من الفقرة الثانية ، -

٣٦٢- مسؤولية المأثر متى النية: وإذا كان المأثر متى النية ، فانه

يكون مسئولاً قبل المالك عن استعمال الشيء واستغلاله ، فإذا نقصت قيمة الشيء بسبب الاستعمال أو الاستغلال ، وجب عليه التعويض . وإذا جنى ثمار الشيء ، فانه يلتزم بردها إلى المالك كما سيجيء .

ويكون المأثر متى النية مسئولاً عن هلاك الشيء ، سواء هلك الشيء بخطئه أو بسبب أجنبي . أما مسئوليته فيما إذا هلك الشيء بخطئه ، فترجع إلى هذا الخطأ . وأما مسئوليته فيما إذا هلك الشيء بسبب أجنبي وبغير خطئه ، فترجع إلى أنه متى النية في حيازته للشيء . وقد نصت المادة ٩٨٤ مدني صراحة على هذا الحكم ، إذ تقول كما رأينا (١) : « إذا كان المأثر متى النية ، فانه يكون مسئولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ، ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث فجائي ، إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه » . ويحسن أن يوضع إلى جانب هذا النص نص المادة ٢٠٧ مدني ،

« لم يكن النص فيما يثبت إلا تطبيقاً لقواعد العامة . ويتبين من ذلك أن المدفوع له حسن النية إذا تصرف في العين معاوضة لم يكن مسئولاً قبل الدافع إلا بقدر ما أخذ من عوض ، فيرد للدافع ما قبض من ذلك أو يحول له حقه في المطالبة به . وإذا تصرف في العين تبرعاً ، لم يكن مسئولاً عن شيء قبل الدافع » (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٨٣٩ ص ١٣٦٧ وفقرة ٨٤٠ ص ١٣٦٧ - ص ١٣٦٨) . (وفي الحالة الثانية) وهي حالة تبرع بطلان العقد وما يترتب على ذلك وجوب الرد ، قررنا ما يأتي : « أما إذا جك المبيع فريد المشتري بقوة هامة ، فلما كان البائع إنما يرجع على المشتري طبقاً لأحكام دفع غير المستحق كما قلنا ، كان الواجب في هذه الحالة تطبيق هذه الأحكام . وهي تقضي . . بأن المشتري إذا كان حسن النية ، أي يعتقد أنه تسلم ما هو مستحق له ، فلا يكون مسئولاً إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هلاك العين ، وللبائع في جميع الأحوال أن يترد المبيع بالتالف في الصورة التي آل إليها بعد التلف ، دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف » (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٢٣٧ ص ٨٨٨ هامش ٤) . (وفي الحالة الثالثة) وهي حالة فسخ العقد وما يترتب على الفسخ من وجوب الرد ، قررنا ما يأتي : « وإذا كان المالك بسبب أجنبي ، وطبقت قواعد دفع غير المستحق في هذه الحالة كما طبقناها في حالة البطلان ، وجب القول بأن المشتري وقت أن تسلم المبيع ، والعقد قائم لم يفسخ ، كان حسن النية ، فلا يكون مسئولاً عن هلاك المبيع إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ، كما إذا انتفع بالتقاضى منزل في بناء منزل آخر . وللبائع أن يترد الشيء بالتالف في الصورة التي آل إليها ، دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف » (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٤٧٨ ص ٨٠٤ - ص ٨٠٥) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٠ .

ونص المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى ، وقد حذفت فى لجنة المراجعة وتجنيا للتفصيلات ، أما المادة ٢٠٧ مدنى فنص على أنه ١ - إذا التزم المدين أن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل ، وتضمن التزامه أن يسلم شيئا ولم يتم تسليمه بعد أن أعذر ، فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن ٢ - ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ولو أعذر ، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه ، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعه الحوادث المفاجئة ٣ - على أن الشيء المروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت ، فإن تبعه الهلاك تقع على السارق ٤ - وكانت المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى : « فإذا ضاع هذا الشيء أو تلف ، التزم (المدفوع له) برد قيمته وقت الضياع أو التلف إذا كان قد تسلمه وهو سىء النية ، وذلك دون إخلال بحق من سلم هذا الشيء فى استرداده ولو تألفا مع التعويض عن نقص قيمته بسبب التلف » (١) . وقد قربت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بين هذه النصوص الثلاثة - المادة ٩٨٤ مدنى والمادة ٢٠٧ مدنى والمادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى - واستخلصت من هذا التقريب ما يأتى : « إذا كان الحائز سىء النية ، وهلك الشيء فى يده ولو بسبب أجنبى ، فإن الحيازة مع سوء النية تعتبر خطأ كافيا لجعله مسئولاً عن هلاك الشيء . ويلاحظ وجوب تقريب المادة ٢٥٦ (من المشروع التمهيدى) من المادة ١٣٤٦ (من المشروع التمهيدى وقد أصبحت المادة ٩٨٤ مدنى) ، فهما تعرضان لمسألة واحدة . ومن مجموع هذين النصين يستخلص أن الحائز السىء النية يلتزم برد قيمة الشيء وقت الهلاك أو الضياع أو التلف ، وذلك دون إخلال بحق المالك فى استرداد الشيء ولو تألفا مع التعويض عن نقص قيمته بسبب التلف . على أن الحائز لا يكون مسئولاً ، إذا هو أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف حتى لو كان باقيا فى يد من يستحقه ، شأنه فى ذلك شأن المدين بتسليم شيء إذا كان قد أعذر (م ٢/٢٨٤ من المشروع التمهيدى وقد أصبحت المادة ٢/٢٠٧ مدنى) . على أن الحائز إذا كان قد سرق الشيء يكون مسئولاً عن هلاكه ، حتى إذا تبين أنه كان يهلك أيضاً لم يبق فى يد المالك

(١) انظر أيضاً فقرة ٣٦١ - وانتظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٧ فى الخامس

(م ٣/٢٨٤ من المشروع التمهيدى وقد أصبحت المادة ٣/٢٠٧ مثل) ، (١) .

فالقاعدة إذن أن الحائز السوء النية يكون مسئولاً عن هلاك الشيء ولو كان الهلاك بسبب أجنبي ، ففرد للمالك قيمة الشيء وقت الهلاك ، وذلك دون إخلال بحق المالك فى استرداد الشيء وبو تالفا مع التعويض عن نقص قيمته بسبب التلف . ولا يكون الحائز السوء النية مسئولاً عن هلاك الشيء بسبب أجنبي ، إذا هو أثبت أن الشيء كان يهلك حتى لو كان باقياً فى يد المالك . وذلك ما لم يكن الحائز قد سرق الشيء ، فإنه يكون مسئولاً عن هلاكه ولو كان الهلاك بسبب أجنبي ، ولو أثبت الحائز أن الشيء كان يهلك حتى لو كان باقياً فى يد المالك (٢)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٨ - ص ٥٢٩ .

(٢) وهذه القواعد قد طبقت فى الأحوال الثلاث التى سبق استعراضها . (فى الحالة الأولى) وهى حالة دفع غير المستحق ، قررنا ما يأتى : « وإذا هلك العين أو تلفت أوضاعها فى يد المدفوع له سوء النية ، التزم برده قيمتها وقت الهلاك أو التلف أو الضياع . وذلك دون إخلال بحق الدافع فى استرداد العين تالفة مع التعويض عن التلف (م ٢/٥٦٦ المضافة من المشروع التمهيدى) . وقد نصت المادة ٩٨٤ التى تقرر القاعدة العامة فى هذه المسألة بالحكم الآتى : إذا كان الحائز سوء النية ، فإنه يكون مسئولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ ، إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد من يستحقه . ويتبين من ذلك أن المدفوع له سوء النية يكون مسئولاً عن هلاك العين ولو كان الهلاك بقوة فاهرة ، ولا يعفى من المسؤولية إلا أن يثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد البائع - قارن مسؤولية السارق ، فإن الشيء المسروق إذا هلك أوضاع بأية صورة كانت ، حتى لو ثبت أن الشيء كان يهلك لوبق فى يد مالكه ، فإن تبة الهلاك تقع على السارق فى جميع الأحوال (م ٣/٢٠٧ مثل) . وهذا بخلاف المدفوع له حسن النية ، فهو لا يسأل كما رأينا عن هلاك العين إلا إذا وقع الهلاك بخطئه ، وعلى الدافع أن يثبت هذا الخطأ . وإذا خرجت العين من يد المدفوع له سوء النية ، فقد نصت المادة ٢٥٨ المضافة من المشروع التمهيدى على ما يأتى : ١ - من تسلم ولو بحسن نية الشيء المعين بالذات وتصرف فيه بعوض بعد أن علم أنه ملتزم برده ، وجب عليه أن يرده شيئاً أو أن يرد قيمته وقت رفع الدعوى . حل أنه يجوز لمن تسلم هذا الشيء أن يطالب من تصرف فيه بما قبضه من عوض أو بيان يحمل محله فى المطالبة بهذا العوض . ٢ - فإذا كان من تسلم الشيء قد تصرف فيه بغير عوض ولم يتم برده شيئاً ، التزم من صدر له هذا التبرع بتعويض لا يجاوز قيمة ما أثرى به قبل من سلم الشيء غير المستحق - والفقرة الثانية من هذا النص لا تتفق مع القواعد العامة كما قلنا ، فيجب إذفها مادامت قد حذفت من المشروع التمهيدى . وتبين الفقرة الأولى وهى تطبيق للقواعد العامة . ويتبين منها أن المدفوع له سوء النية ، إذا

الفرع الثاني

الحيازة باعتبارها سبباً لكسب الملكية

٣٦٣- متى تكون الحيازة سبباً لكسب الملكية : بعد أن فرغنا من الكلام في الحيازة بوجه عام ، تنتقل إلى الكلام فيها باعتبارها سبباً لكسب الملكية . وهي على هذا الاعتبار تدخل ضمن أسباب كسب الملكية التي هي موضوع البحث .

وقد قدمنا أن الحيازة إذا وقعت على منقول لا مالك له ، كان هذا استيلاء يكسب الحائز ملكية المنقول . وقد سبق الكلام في الاستيلاء تفصيلاً ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك .

أما إذا وقعت الحيازة على شيء له مالك ، فإنها تكسب الحائز ملكية هذا الشيء . إما بالتقادم الطويل في العقار والمنقول ، أو بالتقادم القصير في العقار وحده ، أو بمجرد الحيازة في المنقول وحده . أو بالقبض في تملك الثمار .

٣٦٤- التمييز بين الحيازة بدوئية والحيازة بمحصنة : ويجب في الحيازة باعتبارها سبباً لكسب الملكية ، التمييز بين الحيازة بسوءنية والحيازة بمحسنية .

بـ تصرف في العين معاوضة ، كان ملزماً قبل الدافع برد العين إليه ، ويتم ذلك بانقضاءها من الغير الذي تصرف له . فإن عجز عن ذلك ، كان الدافع مخيراً بين قيمة العين والمعرض الذي أعطى فيها . أما إذا تصرف المدفوع له تبرعاً ، فلابق أمام الدافع إلا استرداد العين ذاتها إذا كان ذلك ممكناً أو الرجوع بقيمتها على المدفوع له (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٨٤٤ وفقرة ٨٤٥ ص ١٣٧٢) . (وفي الحالة الثانية) وهي حالة تقرير بطلان العقد وما يترتب على ذلك من وجوب الرد ، قررنا ما يأتي : «أما إذا كان المشتري سوءنية ، أي يعلم أنه تسلم شيئاً غير مستحق له ، التزم برد قيمة المبيع وقت الهلاك ، ولا يفي من هذه المسؤولية إلا أن يثبت أن المبيع كان يملك ولو كان في يد البائع (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٣٣٧ ص ٥٨٨ هامش ٤) . (وفي الحالة الثالثة) وهي حالة فسخ العقد وما يترتب على الفسخ من وجوب الرد ، قررنا ما يأتي : «وإذا استبق المشتري المبيع في يده بعد فسخ البيع ولم يقبل رده فأصبح سوءنية ، ثم هلك المبيع بسبب أجنبي ، وجب على المشتري أن يرد البائع قيمة المبيع وقت الهلاك ، إلا أن يثبت أن المبيع كان يملك حتى لو كان قد رد إلى البائع وقت الفسخ (م ٩٨٤ مدني) . وهذا هو الحكم في استرداد ما دفع دون حق إذا ملك في يد من تسلمه وهو سوءنية (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٧٨ ص ٨٠٥ هامش ١) .

فالحيازة بسوء نية تكون سببا لكسب الملكية ، في العقار والمنقول على السواء ، بالتقادم الطويل .

والحيازة بحسن نية تكون سببا : (١) لكسب ملكية العقار ، بالتقادم القصير . (٢) ولكسب ملكية المنقول ، بمجرد الحيازة إذ أن الحيازة في المنقول سند الملكية . (٣) ولكسب ملكية الثمار ، بمجرد قبضها أى حيازتها (١) .
فنستعرض في مبحث الحيازة بسوء نية ، والحيازة بحسن نية ، باعتبار أن كلا منهما سبب لكسب الملكية .

المبحث الأول

الحيازة بسوء نية باعتبارها سببا لكسب الملكية
(التقادم المكسب الطويل في العقار والمنقول)

٣٦٥ - التقادم المكسب والتقادم المسقط والفروق بينهما : قدّمنا ، عند الكلام في التقادم المسقط في أسباب انقضاء الالتزام (٢) ، أن الفروق ما بين التقادم المكسب (prescription acquisitive, usucapion) والتقادم المسقط (prescription extinctive) فروق واضحة . فالتقادم المسقط يقضى الحقوق الشخصية والحقوق العينية (فباعتدائها للملكية) على السواء ، إذ لم يستعمل صاحب الحق حق مدة معينة . أما التقادم المكسب ، ونقترن به الحيازة دائما ، فيكسب الحائز ما خازه من حقوق حيث يدون الحقوق الشخصية بعد أن تستمر حيازته لها مدة معينة . والتقادم المسقط لا يتمسك به إلا عن طريق الدفع ، فإذا رفع صاحب الحق الذى سقط بالتقادم دعواه أمكن المدعى عليه أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم المسقط . أما التقادم المكسب فيتمسك به عن طريق الدفع وعن طريق الدعوى على السواء ، فلحائز أن يدفع دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية لمشروع النسخ : «الحيازة من حيث الآثار التي تترتب عليها تصلح قرينة على الملكية كما تقدم . وتكسب الملكية فلا بالتقادم الطويل ، في العقار ، المنقول . فإن اقتصرت بحسن النية واستندت إلى سبب صحيح ، فإنها تكسب ملكية العقار بالتقادم القصير وملكية المنقول في الحال ، ويملك الحائز في كل الفروض ثمار الثمن إذا كان حسن النية (مجلة الأمان الصحفية ٦ ص ٤٤٧) .

المالك بالتقادم المكسب ، كما أن له إذا انتزعت منه الحيازة أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز الجديد ويتمسك قبله بالتقادم للكسب .

ثم إن التقادم المكسب يعتد فيه بحسن النية ، إذ الحائز حسن النية يملك الحق في مدة أقصر من المدة التي يملكه فيها الحائز سمي النية . أما في التقادم المسقط فلا يعتد بحسن النية ، والمدة التي يحددها القانون لسقوط الحق تقصر أو تطول تبعاً لطبيعة هذا الحق : لا تبعاً لثبوت حسن النية أو انتفائه .

٣٦٦ - القواعد المتمركزة فيما بين التقادم المكسب والتقادم المسقط -

نص قانوني : تنص المادة ٩٧٣ مدني على ما يأتي :

« تسري قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ، ووقف التقادم وانقطاعه . والتمسك به أمام القضاء ، والتنازل عنه ، والاتفاق على تعديل المدة : وذلك بالتقدير الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب . ومع مراعاة الأحكام الآتية » (١) .

ويخلص من النص سالف الذكر أنه : بالرغم من أن هناك فروقا واضحة بين التقادم المكسب والتقادم المسقط أجملناها فيما تقدم . توجد مع ذلك قواعد مشتركة كثيرة تجمع ما بين النوعين من التقادم . وسنبين تفصيلاً فيما يلي هذه القواعد المشتركة . ونحسبنا هنا أن نجملها فيما يأتي :

١ - حساب المدة : ويدخل في ذلك بدء سريان التقادم . وقد ورد في هذا الشأن في التقادم المسقط المادتان ٣٨٠ و ٣٨١ مدني ، وهما يسريان على

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٤ - ص ٥٠٥) .

ولا مقابل لنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٢٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٧٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٦٢ (مطابق) .

قانون الملكية المقارنة اللبناني لا مقابل

التقادم المكسب فيها لا تتعارضان فيه مع طبيعة هذا التقادم . أما المادة ٣٨٠ مدني فلا تتعارض في شيء مع طبيعة التقادم المكسب ، ومن ثم تسرى عليه ، وهي تنص على أن « تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها » . وأما المادة ٣٨١ مدني وهي الخاصة بيده سريان التقادم المسقط ، ففي عدم تعارضها مع طبيعة التقادم المكسب تفصيل سنينه في مكانه .

٢ - وقف التقادم وانقطاعه : فمما يتعلق بوقف التقادم ، ورد في التقادم المسقط المادة ١/٣٨٢ مدني ، وهي تسري على التقادم المكسب أيضا ، وتجري على الوجه الآتي : « لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أدبيا . وكذلك لا يسرى التقادم فيها بين الأصيل والنائب » . أما المادة ٢/٣٨٢ مدني ، وهي أيضا متعلقة بوقف التقادم المسقط ، فتجري على الوجه الآتي : « ولا يسرى التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق كل من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا » . ويؤخذ من هذا النص أن التقادم المسقط لا يوقف ، ولو وجد سبب لوقفه ، إذا كانت مدته لا تزيد على خمس سنوات . أما التقادم المكسب ، ففي وجد سبب لوقفه فإنه يوقف ، حتى لو لم تزد مدته على خمس سنوات كما هو الأمر في التقادم المكسب القعير . وقد نصت المادة ٩٧٤ مدني على ذلك صراحة ، إذ تقول : « أيا كانت مدة التقادم المكسب ، فإنه يقف متى وجد سبب لوقفه » ، وسنعود إلى هذه المسألة تفصيلا في مكانها . وفيما يتعلق بانقطاع التقادم ، ورد في التقادم المسقط المواد ٣٨٢ - ٣٨٥ مدني تبين أن هذا التقادم يتقطع بالمطالبة القضائية وما في حكمها وباقرار المدين بحق الدائن ، وتذكر حكم انقطاع التقادم وأن تقادما جديدا يبدأ ساريا من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع . وكل هذه الأحكام تسري على التقادم المكسب ، ويزيد التقادم المكسب سببا آخر للانقطاع يستعصى على طبيعة التقادم المسقط ، هو تحل الحائز عن الحيازة أو فقدها ولو يفعل الغير (م ٩٧٥ مدني) . وسيتأتي بيان ذلك تفصيلا في المكان المناسب .

٣ - التمسك بالتقادم أمام القضاء : وقد ورد في هذا الشأن في التقادم المسقط المادة ٣٨٧ مدنى . وتوجب على ذى الشأن أن يتمسك بالتقادم المسقط أمام القضاء ، فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بهذا التقادم من تلقاء نفسها . وهذا النص لا يتعارض مع طبيعة التقادم المكسب ، ومن ثم يسرى عليه . وسيأتى تفصيل ذلك في مكانه .

٤ - التنازل عن التقادم والاتفاق على تعديل المدة : وقد ورد في هذا الشأن في التقادم المسقط المادة ٣٨٨ مدنى . وهى تقضى بأنه لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه . كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون . ولما كان هذا النص لا يتعارض مع طبيعة التقادم المكسب . فإنه يسرى عليه . وسنبين ذلك تفصيلاً فى المكان المناسب (١) .

٣٦٧ - الاعتبارات العملية التى قام عليها التقادم المكسب : قد منافى التقادم المسقط (٢) أن هذا النوع من التقادم يركز على اعتبارات عملية تقوم على استقرار التعامل . ويكفى أن نتصور مجتمعاً لم يدخل التقادم فى نظمته القانونية لنندرك إلى أى حد يترعرع فيه التعامل وتحل الفوضى محل الاستقرار . فإذا كان للدائن أن يطالب مدينه بالدين مهما طاللت المدة التى مضت على استحقاقه ، وكان على المدين أن يثبت براءة ذمته من الدين بعد أن يكون قد وفاه فعلاً وحصل على مخالصة به ، أليس من الإرهاق أن يكلف المدين بالمحافظة على هذه المخالصة إلى وقت لا نهاية له حتى يستطيع إبرازها فى أى وقت شاء الدائن أن يطالبه فيه بالدين . أليس واجباً لاستقرار التعامل أن يفترض فى الدائن الذى سكت مدة طويلة عن المطالبة بدينه أنه قد استوفاه ،

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فيما نحن بصدده : «قواعد التقادم المكسب هى نفس قواعد التقادم المسقط فيما يتعلق باحساب المدة ، وفيما يتعلق بوقت التقادم إلا أن التقادم المكسب يوقف أياً كانت مدته أما التقادم المسقط فلا يوقف إذا كانت مدته لا تزيد على خمس سنوات . . . وفيما يتعلق بانقطاع التقادم ، إلا أن التقادم المكسب ينقطع انقطاعاً طبيعياً إذا قد الحائز الحيازة ولم يستردها أو يرفع الدعوى باستردادها فى خلال سنة . ولا يتصور هذا الانقطاع الطبعى فى التقادم المسقط ، وفيما يتعلق بالتمسك به أمام القضاء وجواز التنازل عنه والاتفاق على تعديل مدته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٧ - ص ٥٠٨) .

أو في القليل قد أبرأ ذمة المدين منه بعد هذا السكوت الطويل ؟ فالتقادم المسقط لا يقوم على قرينة الوفاء ، أكثر مما يقوم على وجوب احترام الأوضاع المستقرة التي مضى عليها من الزمن ما يكفي للاطمئنان إليها وإحاطتها بسياج من الثقة المشروعة . ولا بد من تحديد وقت ما إذا انقضى لا يستطيع الدائن أن يطالب بالدين ، وإلا ظلت الناس يطالب بعضهم بعضا بدينون مضت عليها أجيال طويلة . والمشرع يختار مدة لا يكون من شأنها لإرهاق المدين بمجمله معرضا للمطالبة وقتا أطول مما يجب ، ولا مباغته الدائن باسقاط حقه في وقت أقصر مما يجب . وقد اختار المشرع المصري خمسة عشر عاما ، وهي المدة التي لا يجوز بعدها سماع الدعوى في الفقه الإسلامي . فإذا انقضت المدة التي يتم بها التقادم ، وادعى المدين براءة ذمته ، وأصر الدائن على المطالبة بالدين ، فالأولى بالرعاية هو المدين لا الدائن . ذلك أن الدائن إذا لم يكن قد استوفى حقه فعلا ، ولم يكن قد أبرأ ذمة المدين من الدين بسكوته عن المطالبة به هذه المدة الطويلة ، فلا أقل من أنه قد أهمل إهمالا لا عذر له فيه بسكوته حقبة طويلة من الدهر ثم مباغته المدين بعد ذلك بالمطالبة . وبين مدين اطمأن إلى وضع ظاهر مستقر ، ودائن أقل ما يؤخذ به الإهمال الذي لا مبرر له ، المدين دون ريب هو الأولى بالرعاية .

هذا فيما يتعلق بالتقادم المسقط والاعتبارات العملية التي قام عليها هذا النوع من التقادم . أما فيما يتعلق بالتقادم المكسب ، وبأنه يقوم هو الآخر على اعتبارات عملية لا تقل في الأهمية عن تلك التي قام عليها التقادم المسقط ، فهي البلاد التي لا يوجد فيها محل عيني يكون القيد فيه ذا دلالة مطلقة على الملكية والحقوق العينية الأخرى ، يصبح التقادم المكسب ضرورة لا منلوحة عنها في إثبات هذه الحقوق . ذلك بأنه لو اعتمدنا في إثبات الملكية على انتقالها من مالك إلى آخر ، لوجب إثبات أن من تلقى الملكية تلقاها من مالك ، وأن هذا قد تلقاها من مالك قبله ، وهذا أيضا تلقاها من مالك عن مالك عن مالك ، إلى ما لا نهاية . وهذا دليل يتعثر تقديمه ، وإذا لم يكن هناك محل عيني يكون القيد فيه هو الدليل المطلق على الملكية ، فلا بد من الوقوف عند حد زمني إذا ثبت للشخص أنه حاز في خلاله العين دون انقطاع فإنه يكون بذلك قد قام الدليل على ملكيته للعين بحيازتها طوال هذه المدة ، وهذا هو التقادم المكسب .

فالتقادم المكسب إذن هو أهم دليل من الناحية العملية على الملكية والحقوق العينية الأخرى ، وبه يستقر التعامل ويأمن من يتعامل مع حائز العين أنه يتعامل مع شخص يستطيع أن يثبت أنه هو المالك (١) . ويكتفى في ذلك أن يكون الحائز للعين قد بقى حائزا لها المدة الواجبة للتملك بالتقادم المكسب ، وهي في الغالب خمس عشرة سنة .

وإلى جانب أن التقادم المكسب يقوم دليلا عمليا على الملكية ، يوجد لهذا النوع من التقادم مهمة اجتماعية أخرى . فبفضله يصبح الوضع الفعلي مطابقا للوضع القانوني ، ويصبح من يحوز العين مدة معينة هو المالك لها ولو لم يكن مالكا من قبل ، وتقلب الحيازة وهي مجرد وضع فعلي واقع إلى ملكية وهي وضع قانوني مشروع . وبذلك تستقر الأوضاع الفعلية بعد أن انقلبت إلى أوضاع قانونية ، ويطمئن الناس إلى التعامل مع الحائز للعين ، إذ يعلمون أن الحيازة إذا دامت مدة معينة انقلبت إلى ملكية . وإذا صح أن يقع أن الحائز للعين يكون قد اغتصبها وظل حائزا لها حتى تملكها بالتقادم ، فإن هذا إنما يقع في ظروف قليلة ، والضرر الذي ينجم عنه لا يعدل الفائدة التي تعود على المجتمع من استقرار الأوضاع الناجم عن التقادم المكسب على النحو الذي أشرنا إليه . على أنه حتى في هذا الفرض الأخير ، لا يمكن أن يسلّم المالك للعين المقتصبة ، الذي سكت على هذا الاغتصاب مدة طويلة تصل إلى خمس عشرة سنة وقد تزيد بما يعتبر هذه المدة من أسباب وقف وانقطاع ، من تهمة الإهمال الذي لا مبرر له . وبين مالك مهمل يترك ما يملكه في أيدي الناس دون أن يقوم على رعايته واستغلاله ، وحائز نشيط يقوم على استغلال العين ويرعاها رعاية المالك للملكه ، الحائز دون ريب هو الأولى بالرعاية (٢) .

٣٦٨ - لمختارنا بحجة : يرجع التقادم المكسب في أصله إلى القانون

الروماني ، وقد سبق ظهوره في هذا القانون ظهور التقادم المسقط بمدة طويلة (٣) . ويصعد في أصوله الأولى إلى الألواح الاثني عشر ، وكانت

(١) أوبري ورو ٢ ققرة ٢١٠ ص ٤٤٤ - ص ٤٤٥ .

(٢) بلانبول وديبير وبيكار ٣ ققرة ٦٨٨ ص ٦٩٨ .

(٣) أنظر في تاريخ التقادم المسقط الوسيط ٣ ققرة ٥٩٣ .

مدده قصيرة لا تجاوز العام أو العامين ، فقد كانت الأعيان في روما محدودة وأصحابها لا يكادون يبرحونها ، فكانت هذه المدد القصيرة كافية لإشعارهم بأى اغتصاب يقع على أراضيهم ، فيبادرون إلى منعه ويقطعون بذلك مدة التقادم .

وبدأ التقادم المكسب في روما يؤدي مهنتين متميزتين إحداهما عن الأخرى المهمة الأولى هي تحويل الحيازة الفعلية إلى ملكية رومانية صحيحة . إذ كانت هذه الملكية الرومانية كثيرة التعقيد زائفة بالأشكال والأوضاع الرومانية . فإذا لم تستكمل هذه الأوضاع ، وكثيرا ما كانت لا تستكملها ، أغنى عنها حيازة لمدة قصيرة ينقلب عند انتهائها حق الحائز إلى حق ملكية قانونية (*dominium ex jure quiritium*) .^(١) والمهمة الثانية التي كان التقادم المكسب يقوم بها هي علاج مركز من يتعامل مع غير المالك . فلا تنتقل إليه الملكية بداهة . فيأتى التقادم المكسب لنجدته بأن ينقل إليه الملكية بعد حيازة العين لمدة قصيرة . إذا كان حسن النية ومعه سبب صحيح . وبذلك كان التقادم المكسب في كل من هاتين المهمتين : يضع حدا لترعز الملكية وعدم استقرارها ، وتنقلب به الحيازة إلى ملكية قانونية صحيحة . ولكنه كان لا يسرى إلا على الأشياء القابلة للملكية الرومانية (*propriété quiritaire*) ، وعلى الرومان دون الأجانب . أما الأراضي التي في الأقاليم (*fonds provinciaux*) ، فكان هذا النوع من التقادم لا يسرى عليها . فأدخل البيطور الرومانى ، إلى جانب هذا النوع من التقادم المكسب (*usucapio*) ، نوعا آخر من التقادم المكسب (*præscriptio longi temporis*) يسرى على أراضي الأقاليم وعلى الأجانب . واشترط لإعماله أن يكون الحائز حسن النية ومعه سبب صحيح . وجعل مدة التقادم عشر سنوات إذا كان الحائز والمالك الحقيقي يقيان معاً في إقليم واحد . وعشرين سنة إذا كانا يقيان في إقليمين مختلفين . وبدأ هذا التقادم البيطورى بأن يكون دفعا ضد دعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك . ثم انتهى إلى أن يكون دفعا ودعوى في وقت واحد . فيستطيع الحائز أن يدفع به دعوى الاستحقاق . كما يستطيع أن يرفع هو دعوى الاستحقاق على من يأخذ منه الحيازة

ولما زالت الفروق بين الأشياء الرومانية (*res mancipi*) والأشياء غير الرومانية ، وبين الأراضي الإيطالية وأراضي الأقاليم ، وبين المواطنين الروماني والأجنبي ، اندمج النوعان من التقادم المكسب أحدهما في الآخر ، وخلص من هذا الاندماج نظام مشترك ، مدته عشر سنوات أو عشرون سنة في العقار وثلاث سنوات في المنقول .

ثم أنشأ القانون البيزنطي (قانون الامبراطور ثيودوس سنة ٤٢٤) . إلى جانب هذا النظام المشترك ، نظاما جديدا هو التقادم المكسب الطويل (*paescriptio longissimi temporis*) مدته ثلاثون سنة ، وبقي بطول مدته هذه عن اشتراط حسن النية والسبب الصحيح . وزادت المدة إلى أربعين سنة بالنسبة إلى أموال الخزانة العامة وأموال الإمبراطور وأموال الكنائس والمؤسسات الدينية ، ثم زادت إلى مائة سنة بالنسبة إلى أموال الكنيسة . وخلط جوستنيان في مجموعاته بين التقادم المكسب والتقادم المسقط ، وكانا قبله منفصلين أحدهما عن الآخر . وانتقل هذا الخلط إلى التقنين المدني الفرنسي نفسه ، وكان مصدرا لكثير من الاضطراب والتشويش في تفهم أحكام التقادم ، سواء في القانون الروماني أو في القانون الفرنسي .

وأخذ التقادم المكسب الذي عرفه القانون الروماني على النحو سالف الذكر طريقه إلى القانون الفرنسي القديم ، وبخاصة في الجنوب بلاد القانون المكتوب (*pays de droit écrit*) . على أن العادات الجرمانية والأوامر الملكية عدلت من أحكام القانون الروماني ، وأثر القانون الكنسي (*droit canonique*) بوجه خاص على هذه الأحكام . وكان القانون الكنسي ينظر إلى التقادم بوجه عام نظرة استنكار ، ويستعصى عليه أن يسلم أن شخصا لا يملك الحق يصبح مالكا له . بالتقادم ، ويرى في ذلك ضربا من تحليل النصب وجعله مشروعا . فقلب التقادم الروماني من أن يكون قائما على أساس استقرار التعامل ، إلى أن يكون قائما على أساس أنه الدليل على وجود الحق حيث تتعذر إقامة الدليل . وتوسع كثيرا في أسباب وقف التقادم ، واشترط حسن النية في الحائز طوال مدة حياته فلا يكفي حسن النية وقت بله الحياة . ومنحت امتيازات خاصة لبعض الأموال فأصبحت غير قابلة للتملك بالتقادم أو أطيلت مدة التقادم فيها ، من ذلك أموال الكنيسة وأموال التاج وأموال الطوائف المهنية .

وقد أخذ التقنين المدني الفرنسي نظام التقادم من هذه المصادر جميعا ،
 نقلا عن Dunod وعن Domat ، وجعل القانون الروماني هو الأساس ،
 مع تعديله بالعادات الجرمانية وبالأوامر الملكية وبالقانون الكنسي . ولكن
 واضعي التقنين المدني الفرنسي بسطوا من قواعد التقادم ، وأرجعوها إلى
 أصلها الروماني ، وألغوا الامتيازات الخاصة التي تمتعت بها بعض الأموال من
 ناحية قابليتها للتملك بالتقادم فيما سلف ذكره (١) .

٣٦٩- تقسيم الموضوع : ونجعل بحثنا للتقادم المكسب الطويل في مطلبين
 (١) كيف يتحقق التقادم المكسب الطويل . (٢) إعمال التقادم المكسب والآثار
 التي تترتب عليه .

المطلب الأول

كيف يتحقق التقادم المكسب الطويل

٣٧٠- شروط تحقق التقادم المكسب الطويل : حتى يتحقق التقادم
 المكسب الطويل ، يجب أولا أن يكون هناك حق يمكن كسبه بهذا النوع
 من التقادم فيحوزه الشخص حيازة تتوافر فيها الشروط ، ويجب ثانيا أن تتم
 مدة التقادم فتدوم هذه الحيازة خمس عشرة سنة كاملة ، ويجب ثالثا ألا يوقف
 التقادم وألا ينقطع .

§ ١ - الحقوق التي يمكن كسبها بالتقادم المكسب الطويل

٣٧١- نص قانوني : تنص المادة ٩٦٨ مدني على ما يأتي :

« من حاز متقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له ، أو حاز حقا عينيا
 على منقول أو عقاردون أن يكون هذا الحق خاصا به ، كان له أن يكسب ملكية
 الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة » (٢) .

(١) أنظر في تفصيل ذلك بودري وتيسيه فقرة ٣ . فقرة ٢٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤١٩ من المشروع التمهيدي على وجه
 مطابق لما استقر عليه في التصحيح المدني الجديد : ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٣
 في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٠ . وفي لجنة مجلس الشيوخ
 لم يمتح بحضر مستشاري محكمة النقض حذف كلمة « متقوله » الواردة في النص لأن التقادم المكسب

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ١٠٢/٧٦ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩١٧ و ٩١٩ و ٩٢٥ و ٩٢٦ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٧٢ - وفي التقنين المدني العراقي م ١/١١٥٨ - وفي قانون الملكية المقارنة اللبناني م ٢٥٥ - ٢٥٧ و ٢٦٠ (٢) .

= غير لازم إلا في العقار ، ورأوا أيضاً أن الحياة بشروطها ومعناها هي قرينة قانونية قاطعة على ثبوت الملك للعائز ومن ثم يجب حذف التقادم المكسب من بين أسباب كسب الملكية وإضافته إلى باب الإثبات بين القرائن القانونية القاطعة . فلم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح . فقياً يتعلق بالجزء الأول منه ، لا يمكن حذف كلمة « منقول » لأن المقصود تملك المنقول بالتقادم المكسب الطويل في حالة ما إذا كان الحائز سيء النية ، وفي هذا يستوى المقار والمنقول ، وبديهي أن قاعدة الحياة في المنقول سند الملكية لا تنطبق على هذه الحالة . أما فيما يتعلق بالجزء الثاني من الاقتراح ، فالملحظة تنطوي على نظرة فقهية ، وقد آثرت اللجنة أن يحتفظ المشروع بالطابع التقليدي في هذه الناحية لأنه يجب التقنين حرج الفصل في مسائل ينبغي أن يظل الاجتهاد فيها طليقاً من كل قيد . على أنه لو صح وجوب إضافة جميع القرائن القانونية إلى باب الإثبات ، لامتثل هذا الباب بمسائل لم تجر المادة أن يتضمنها ، ويكفي أن يشار في هذا الصدد إلى مسئولية التبوع عن التابع وإلى المسئولية عن الحيوان . وقد وافقت اللجنة على النص دون تعديل تحت رقم ٩٦٨ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته بلجته (مجموعة الأعمال التمهيدية ٦ ص ٤٩١ - ص ٤٩٤) .

(١) التقنين المدني السابق م ١٠٢/٧٦ : تحصل ملكية العقارات والحقوق لمن وضع يده عليها ظاهراً بنفسه أو بوكيل عنه بغير منازع مدة خمس سنوات متوالات بصفة مالك ، بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنياً على سبب صحيح . فإذا لم يوجد ذلك السبب ، لا تحصل له الملكية إلا إذا وضع يده مدة خمس عشرة سنة . (وحكم التقنين المدني السابق هو حكم التقنين المدني الجديد ، ويلاحظ أن التقنين المدني السابق قد أغفل ذكر المنقول فلم يدخله ضمن الأموال الحائز تملكها بالتقادم المكسب الطويل إذا كان الحائز سيء النية) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩١٧ (موافق مع ملاحظة أن التقادم المكسب لا يسرى فيما يتعلق بالعقار المسجل في السجل العقاري) - م ٩١٩ : يكتسب حق تسجيل التصرف في الأراضي الأميرية غير الخاضعة لإدارة أملاك الدولة بمرور عشر سنوات من تاريخ الحياة بسند أو بغير سند ، بشرط أن يكون الحائز قائماً بزراعة الأرض . م ٩٢٥ : لا يسرى التقادم على الحقوق الحقيقية في السجل العقاري أو التي هي تحت إدارة أملاك الدولة .

م ٩٢٦ : لا يكتسب بالتقادم أي حق على العقارات المروكة والحمية والمرفعة

التقنين المدني الليبي م ٩٧٢ (مطابق)

ويخلص من هذا النص أن الحقوق العينية وحدها ، وعلى رأسها حق الملكية ، في العقار وفي المنقول على السواء ، هي التي يمكن تملكها بالتقادم المكسب الطويل ، أما الحقوق الشخصية فلا يجوز تملكها بالتقادم . وليس كل حق عيني قابلاً للتملك بالتقادم ، بل يجب أن يكون هذا الحق قابلاً للتعامل فيه حتى يمكن كسبه بالتقادم . ويجب فوق ذلك أن يكون حقاً من الحقوق التي تقبل الخضوع للحيازة ، ويستدعي ذلك أن نعرض لأنواع خاصة من الأموال ، هي أموال الدولة العامة والخاصة وأموال الوقف وحق الإرث . ثم إن الحق الذي يراد تملكه بالتقادم المكسب الطويل ، إذا استوفى الشروط سالفة الذكر ، يجب أن يكون في حيازة الشخص الذي يريد تملكه ، وأن تكون هذه الحيازة مستوفية لعنصرها المادى والمعنوى ، وأن تكون خالية من العيوب . فهذه جملة من المسائل نبحثها على التعاقب .

٣٧٢ - الحقوق العينية وعندها دور الحقوق الشخصية هي التي يمكن

تملكها بالتقادم : وأول الحقوق العينية التي يمكن كسبها بالتقادم المكسب الطويل هو حق الملكية ، ويستوى في ذلك العقار والمنقول . ولا يعترض ، بالنسبة إلى المنقول ، بأنه مملوك بمجرد الحيازة ، فحل ذلك أن تكون الحيازة مقترنة بحسن النية ومصحوبة بالسبب الصحيح . أما إذا لم تقترن الحيازة بحسن النية أو لم تكن مصحوبة بالسبب الصحيح ، فالمنقول والعقار سيان ، كلاهما

= التقنين المدني العراقي م ١/١١٥٨ (موافق مع ملاحظة أن التقادم لا يسرى فيما يتعلق بالعقار المسجل في دائرة الطابو) .

قانون الملكية المقارية اللبناني م ٢٥٥ : لا يسرى مرور الزمن على الحقوق المقيدة في السجل العقاري أو الخاصة لإدارة أملاك الدولة .

م ٢٥٦ : لا يكتب مرور الزمن حق البتة على المقارنات المتروكة والحمية والمرقعة .
م ٢٥٧ : يكتب حق القيد في السجل العقاري فيما يتعلق بالمقارنات والحقوق غير المقيدة في السجل العقاري ، بوضع يد الشخص بصورة هادئة علنية مستمرة مدة خمس سنوات هو بنفسه أو بواسطة شخص آخر لحسابه ، بشرط أن يكون لدى واضع اليد سبب حق . وإذا لم يكن لديه سبب حق ، فمدة خمس عشرة سنة .

م ٢٦٠ : يكتب حق قيد التصرف بالأراضي الأميرية غير الخاصة لإدارة أملاك الدولة بمرور عشر سنين على وضع اليد بسند أو بغير سند ، شرطاً أن يكون واضع اليد قائماً بزراعة الأرض .

(ونصوص القانون اللبناني تتفق مع نصوص التقنين السوري) .

لا يملك إلا بالتقادم المكسب الطويل ومدته خمس عشرة سنة^(١) . وعلى ذلك يكون قابلاً للتملك بالتقادم العقار . ويدخل في ذلك الأرض زراعية كانت أو أرضاً فضاء ، وكل ما تنبت الأرض من ثمار ومحصول وزرع ، وكل ما يفرس فيها من أشجار ونخل ، وكل ما يقام على الأرض من مباني ومنشآت كالمساكن والمكاتب والخوانيت والمصانع والمخازن والمحاليج والجراجات والزرائب والأفران والمطاحن وغير ذلك من الأماكن التي تشيد فوق سطح الأرض ، أو تشيد في باطنها كالأنفاق والمجاري والآبار والمواسير والأنابيب المدفونة في باطن الأرض . ويكون قابلاً للتملك بالتقادم المنقول . ويدخل في ذلك العروض والمكيلات والموزونات والمأكولات والمشروبات وأثاث المنزل ، والبضائع والكتب والورق والأقلام والسيارات والمركبات والسفن والعوامات والذهبيات والطائرات وأكشاك الاستحمام وأكشاك الأسواق والمعارض وخيام البدو الرحل وخيام الكشافة والأكشاك الخشبية والمباني التي تقام مدة الأعياد والمواالد إذا لم تثبت في الأرض .

وكما تكسب الملكية في العقار والمنقول بالتقادم المكسب الطويل ، كذلك يكسب بهذا التقادم كل حق عيني آخر . فتكسب الملكية الشائعة في العقار والمنقول ، وملكية الرقبة في العقار والمنقول ، وحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى في العقار والمنقول ، وحق الارتفاق الظاهر ، وحق الحكر القائم على أرض غير موقوفة قبل العمل بالتقنين المدني الجديد ، وحق الرهن الحيازي في العقار والمنقول .

أما الحقوق الشخصية (créances) فلا تكسب بالتقادم المكسب ، ولكنها تنقضي بالتقادم المسقط . ولا يكسب الحق الشخصي بالتقادم حتى لو كان قابلاً للحيازة ، كما هو شأن حق المستأجر فالمستأجر إذا كان يحوز حقه كستأجر إلا أن حيازته هذه لا تؤدي به إلى كسب هذا الحق بالتقادم المكسب ، وإن كانت تصلح لأن تحمي بجميع دعاوى الحيازة ، وقد سبق بيان ذلك . وهناك حقوق شخصية تتجسد في سنداتها وتصبح هي والسند شيئاً واحداً ، وهذه هي

(١) أنظر مادار في هذا الشأن من المناقشة في لجنة مجلس الشيوخ آنفاً ص ٩٩٢ في

السندات لحاملها (titres au porteur) ، فهذه تعامل معاملة المنقول المادى ، ومن ثم يجوز كسبها بالتقادم المكسب الطويل بالرغم من أنها حقوق شخصية .

٣٧٣ - ومجرب أنه بكونه الحق العيني قابلاً للتعامل فيه وقابلاً للمجازة : وليس كل حق عيني - ونقف هنا عند حق الملكية في العقار والمنقول لأنه هو موضوع البحث في أسباب كسب الملكية - يمكن كسبه بالتقادم . بل يجب أن يكون العقار أو المنقول قابلاً للتعامل فيه ، وقابلاً للمجازة (١) .

أما أن العقار أو المنقول يجب أن يكون قابلاً للتعامل فيه (dans le commerce) فذلك واضح ، لأن مالا يقبل التعامل فيه لا تنتقل ملكيته ، ومن ثم لا يجوز تملكه بالتقادم . والشئ لا يكون قابلاً للتعامل فيه ، كما قلنا عند الكلام في محل الالتزام (٢) ، إذا كانت طبيعته أو الغرض الذى خصص له يأبى ذلك ، أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع . فالشئ لا يكون قابلاً للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلاً للتعاقد ، كالشمس والهواء والبحر (٣) . وقد يكون الشئ غير قابل للتعامل فيه بالنظر إلى الغرض الذى خصص له . فالملك العام لا يصح التعامل فيه لأنه مخصص لمنفعة عامة ، وتخصيصه هذا يتناقض مع جواز التصرف فيه ومع جواز تملكه بالتقادم . وقد يكون الشئ

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بدوائرها المجتمعة بأن الأموال التى اعترف القانون الملقى بها أربعة أنواع ، وهى الملك والوقف والمباح والمخصص للمنفعة العامة . والذى يستفاد من أحكام هذا القانون أن قواعد التملك بضمى المدة لا شأن لها لا بالوقف ولا بالمخصص للمنفعة العامة ، بل وليس لها باعتبار النصوص عند وضع القانون سنة ١٨٨٣ شأن بالأراضي المجاحة . وكل ما تنطبق عليه باعتبار تلك النصوص إنما هو النوع الأول من الأموال ، وهو الملك (استئناف مصر دوائر مجتمعة ٤ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٢٣ ص ٩٥٥) .

(٢) أنظر الوسيط ١ فقرة ٢٢٧ .

(٣) ويرجع عدم القابلية للتعامل إلى استحالة . وقد يصح التعامل بمكناً في هذه الأشياء من بعض النواحي ، فأنشأة الشمس يحصرها المصور الفوتوغرافى ، والهواء يستعمله الكيميائى في أغراضه ، والبحر يؤخذ من مائة ما يصلح أن يكون محلاً للاستلاك . فبعد ذلك تصبغ الشمس والهواء والبحر قابلة للتعامل فيها من هذه النواحي الخاصة ، وتصلح إذن أن تكون محلاً للالتزام . وإذا كان الشئ يمكن التعامل فيه ولكن لا مالك له ، فهو مباح ، كالطير في الهواء والمك في البحر ، ويملكه من يتولى عليه ويتعلق أن يتعامل فيه .

غير قابل للتعامل فيه لأن ذلك غير مشروع . وعدم المشروعية يرجع إما إلى نص في القانون أو إلى مخالفة هذا التعامل للنظام العام أو للآداب . على أن نص القانون الذي يمنع من التعامل في الشيء يكون مبنياً على اعتبارات ترجع هي ذاتها إلى النظام العام أو إلى الآداب . فما ورد فيه نص يحرم التعامل فيه إنما هو في الوقت عينه مخالف للنظام العام أو للآداب أو لهما معاً . ومن أمثلة الأشياء التي لا يجوز التعامل فيها لمخالفة ذلك للنظام العام أو للآداب ، ومن ثم لا يجوز تملكها بالتقادم ، الأهلية والحالة المدنية والمخدرات والحشيش وبيوت الهزارة وبيوت القمار . والأصل أن الشيء الذي لا يجوز التعامل فيه لا يكون قابلاً للتصرف فيه وغير قابل للتملك بالتقادم . وعلى ذلك يكون الشيء غير القابل للتصرف فيه لا يقبل في العادة التملك بالتقادم . ولكن توجد استثناءات لهذه القاعدة . فهناك أشياء غير قابلة للتصرف فيها ، ومع ذلك يجوز تملكها بالتقادم . من ذلك الوقف الأهلي ، فقد كان قبل الغائه غير قابل للتصرف فيه ، وكان مع ذلك يجوز تملكه بالتقادم مدة ثلاث وثلاثين سنة . ومن ذلك أيضاً العين غير القابلة للتصرف فيها بموجب شرط مانع من التصرف يتضمنه عقد أو وصية ، فهذه العين لا يجوز التصرف فيها وهي مع ذلك قابلة بالتقادم المكسب الطويل (١) . وعلى العكس من ذلك ، قد يكون الشيء قابلاً للتصرف فيه ، ومع هذا لا يجوز تملكه بالتقادم . من ذلك الارتفاقات غير الظاهرة ، فهذه يجوز التصرف فيها مع العقار المرتفق ولكن لا يجوز تملكها بالتقادم (م ١٠١٦/٢ مدني) . ومن ذلك أيضاً أملاك الدولة الخاصة ، فهذه يجوز التصرف فيها ومع ذلك لا يجوز تملكها بالتقادم (قانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧) .

ولا يكفي أن يكون العقار أو المنقول قابلاً للتعامل فيه حتى يكون قابلاً للتملك بالتقادم ، بل يجب أيضاً أن يكون قابلاً للحيازة إذ التملك بالتقادم يفترض أن الشيء قد خضع للحيازة مدة طويلة . والأصل أن الشيء القابل للتعامل فيه يكون أيضاً قابلاً للحيازة ، ولكن ذلك ليس حتماً فقد يوجد شيء قابل للتعامل فيه ومع ذلك لا يكون قابلاً للحيازة . فالجموع من المال (universalité) كالتركة لا يخضع للحيازة باعتباره مجموعاً ، ومع ذلك يكون قابلاً للتعامل

(١) أنظر الوسيط ٨ قرة ٣٢٠ ص ٥٢٠ .

فيه . ومن ثم لا تكون الركة كجموع من المال قابلة للتملك بالتقادم ، إذ هي . وإن كانت قابلة للتعامل فيها ، غير قابلة للحيازة .

ونطبق ماقدناه على الأموال العامة (الدومين العام) ، وعلى الأموال الخاصة المملوكة للدولة (الدومين الخاص) ، وعلى الوقف ، وعلى حق الإرث .

٣٧٤ - الأموال العامة « الدومين العام » : لما كانت الأموال العامة غير قابلة في الأصل للتعامل فيها وذلك بالنظر إلى الغرض الذي خصصت له إذ هي مخصصة لمنفعة عامة ، لذلك لا يجوز تملكها بالتقادم . وقد نصت المادة ٢/٨٧ مدني ، تأكيداً لذلك ، على أن الأموال العامة « لا يجوز التصرف فيها ، أو الحجز عليها ، أو تملكها بالتقادم » .

فهذه قيود ثلاثة تحيط بالأموال العامة لحمايتها : عدم جواز التصرف وعدم جواز الحجز وعدم جواز التملك بالتقادم . وأهم هذه القيود الثلاثة هو قيد عدم جواز التملك بالتقادم ، فهو أهم بكثير من قيد عدم جواز التصرف . ومن تيد عدم جواز الحجز . وقد سبق أن قررنا في هذا الصدد (١) : « ووجه ذلك واضح ، فانه يصعب تصور أن الدولة أو الشخص الإداري يعمد إلى التصرف في الشيء العام إلا إذا كان غير عالم بصفته ، وكذلك ينلر أن يقدم دائن للشخص الإداري على حجز أمواله العامة بل حتى على حجز أمواله الخاصة لأن الشخص الإداري يكون عادة مومراً فلا يكون دائنه في حاجة إلى التنفيذ الجبري على ماله . وإنما الخشية كل الخشية هي في أن تعتدى الأفراد على الشيء العام بوضع اليد عليه أملاً في أن تكسب ملكيته بالتقادم ، ومن ثم صد القانون هذا الباب في أوجه المعتدين ، وحرم تملك الشيء العام بالتقادم . كذلك لا يجوز لشخص أن يكسب بالتقادم حق ارتفاق على الأموال العامة . وإذا كان الشخص الإداري يستطيع رفع دعاوى الحيازة ليحمي حيازته ، فإن الأفراد لا يحمون في حيازتهم للشيء العام لأن هذه الحيازة لا يعتد بها » (٢) .

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٧٦ ص ١٥٢ .

(٢) وقد قضت محكمة التقض بأن وضع اليد على الأموال العامة ، مهما طالت مدته ، لا يكسب الملكية إلا إذا وقع بعد انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة (وعندما كان جائزاً كسب أموال الدولة الخاصة بالتقادم) . ولا يعتبر وضع اليد على مال عام مدة خمس عشرة سنة ، بغير منازعة من الحكومة ، سبباً يزيل عن هذا المال صفته بأنه مال عام لا يجوز كسبه بالتقادم (تقض مدني ٢١ أبريل سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام التقض ١٧ رقم ١٢٤ ص ٩٠٨) .

٣٧٥ - أموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص العام « الدومين

الخاص » - نص قانوني : تنص المادة ٩٧٠ مدني (المعدلة بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ وبالقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩) على ما يأتي :

١ - « في جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة » .

٢ - « ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، وكذلك أموال الأوقاف الخيرية ، أو كسب أى حق عيني عليها ، بالتقادم . كما لا يجوز التعدي عليها ، وفي حالة حصول التعدي يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إدارياً بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢١ من المشروع التمهيلي على الوجه الآتي : ١٥ - وفي جميع الأحوال ، لا تكسب الأموال الموقوفة ولا حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة . ٢ - وليس الوقف أن يكسب حقاً بالتقادم . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٤٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٢ . وفي لجنة مجلس الشيوخ خلقت الفقرة الثانية من المادة « ولترك الأمر للقضاء ليتصرفوا حسب القواعد العامة » ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٩٧٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدله لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٧ - ص ٤٩٩) .

ثم صدر للقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ بتعديل المادة ٩٧٠ على الوجه الآتي : ١٥ - في جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة . ٢ - ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، وكذلك أموال الأوقاف الخيرية ، أو كسب أى حق عيني عليها ، بالتقادم . وصدر بهذا القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ يضيف العبارة الآتية في آخر الفقرة الثانية : « ولا يجوز التعدي عليها ، وفي حالة حصول التعدي يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إدارياً بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة » . فأصبح النص هذين التعديلين مطاباً لما استقر عليه أخيراً .

ولامقابل النص في التقنين المدني السابق ، ولكن المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية كانت تنص على ما يأتي : « والقضاء ممنوعون من سماع الدعوى التي مضي عليها خمس عشرة سنة ، مع تمكن المدعى من رفضها وعدم المنع الشرعي له في عدم إقامتها ، إلا في الإرث والوقف فإنه لا يمنع من سماعها إلا بعد ثلاث وثلاثين سنة مع تمكن وعدم المنع الشرعي ، وهذا كله مع الإنكار الحق في تلك المدة » . (والتقادم هنا ليس تقادماً مكسباً ، بل هو ليس تقادماً مطلقاً ، وإنما هو دفع بعدم جواز سماع الدعوى على النحو الذي عرف أخيراً في الفقه الإسلامي) . ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

ويؤخذ من الفقرة الثانية من النص سالف الذكر أن الأموال الخاصة للمملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، وهى الأموال المعروفة باسم «المومنين الخاص» ، لا يجوز كسب ملكيتها ولا كسب أى حق عيى آخر عليها كحق ارتفاق ، بالتقادم المكسب . وهذا حكم جديد لاسابقة له فى التشريع المصرى ، استحدثه القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ، مخالفاً فى ذلك التقاليد التشريعية المصرية ، وراجعا بنا إلى أيام القانون الفرنسى القديم حيث كانت تكثر الامتيازات الخاصة التى تمنح لأملاك الدولة وأملاك الكنيسة وغيرها من أملاك الطوائف المهنية فتجعل غير قابلة للتملك بالتقادم ^(١) . ذلك بأن حق الدولة فى الأشياء المملوكة لها ملكية خاصة هو حق ملكية مدنية محضة ، وشأن الدولة فى تملك الأشياء الخاصة شأن أى فرد فى تملك المال الخاص ، وتملك الدولة الأشياء الخاصة بنفس أسباب كسب الملكية الخاصة . وقد كان أهم فرق على بين الملك العام والملك الخاص أن الملك العام لا يجوز تملكه بالتقادم ، أما الملك الخاص فيجوز تملكه بهذا الطريق .

وقد كان الأفراد يضعون أيديهم على بعض أملاك الدولة الخاصة ، وتتقضى المدة اللازمة للتقادم ، فيتملكونها بوضع اليد . وقد رأت الحكومة أخيراً أن فى ذلك خطراً على أملاكها الخاصة ، فهى مشتتة فى أنحاء البلاد ، ولا تستطيع فى كل حالة أن تدفع عنها اعتداء الأفراد فى الوقت المناسب . على أن هذا الخطر يتضائل ، إذا قيس بمماراته الحكومة من علاج لدفعه ، وهو تحرير عدم قابلية الأملاك الخاصة للتملك بالتقادم ، وما ينجم عن ذلك من تعرض فى المعاملات وعدم استقرار فى الملكية . ذلك بأن الحكومة ، إذا تعرضت فى أملاكها الخاصة لبعض ضروب من النهب نحرهما مع تطاول الزمن من بعض هذه الأملاك ، يجب أن تسلم أن تعامل الناس فى هذه الأملاك الخاصة

التقنين المدنى السورى ١٠٠٢ : لا يكسب بالتقادم أى حق على المقاربات الوقفية المستقلة مسجداً أو كنيسة أو كناساً أو مستشفيات أو مسجداً تعليمياً أو المخصصة لاستعمال العموم .
التقنين المدنى اللبى م ٩٧٤ : فى جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة .

التقنين المدنى العراقى للمقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني للمقابل .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٨ .

لا يستقر ولا يؤمن جانبه إلا إذا أحيط بنساج من قابلية الملك الخاص للملك بالتقادم ، فعند ذلك فقط يستطيع من يتعامل مع الحائز الذي دامت حيازته خمس عشرة سنة أن يطمئن إلى هذا التعامل ، حتى لو ثبت بعد ذلك أن الملك الذي تعامل فيه مع الحائز هو ملك خاص للدولة . وعلى الحكومة ، من جانبها ، أن تحكم طرق الرقابة والإشراف على أملاكها الخاصة ، حتى تقلل من فرص الاعتداء على هذه الأملاك إلى أدنى حد ممكن .

ومهما يكن من أمر ، فقد انحرفت الحكومة عن القاعدة العامة التي تقضي بقابلية الملك الخاص للملك بالتقادم ، وقررت بتشريع خاص أن الأشياء الخاصة المملوكة لها لا يجوز تملكها بالتقادم (القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧)^(١) . وكما لا يجوز تملك المال الخاص للدولة بالتقادم ، كذلك لا يجوز بالتقادم كسب أى حق عيني عليه ، كحق ارتفاع أو حق انتفاع أو حق رهن حيازي^(٢) .

ويلاحظ — كما سبق أن قررنا في الجزء الثامن من الوسيط^(٣) — أن أملاك الدولة الخاصة التي تم كسب الأفراد لها بالتقادم قبل نفاذ القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ تبقى مملوكة لمن كسبها بالتقادم^(٤) ، إذ ليس للقانون سالف الذكر أثر رجعي . أما إذا كان هناك ملك خاص للدولة في حيازة أحد الأفراد ولم يكن قد مضى على حيازته له وقت نفاذ القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ خمس عشرة سنة كاملة ، فإن الحائز لا يستطيع كسب هذا الملك الخاص بالتقادم ، حتى لو أتم بعد نفاذ هذا القانون مدة خمس عشرة سنة وهو حائز للملك .

(١) وقيل في المذكرة التفسيرية لهذا التشريع ، تبريراً لهذا الحكم الجديد ، إن الشارع أراد به أن يحمي الأملاك الخاصة للدولة حتى تكون في مأمن من تملكها بالتقادم ، لأنه مهما أسكتت الرقابة والإشراف عليها فإن ذلك لن يمنع من تملكها بهذا الطريق .
(٢) وإذا حاز شخص مالا وادعى أنه تملكه بالتقادم ، فعليه هو إذا كان مدعياً أن يثبت التملك بالتقادم بجميع شروطه . وحتى أثبت ذلك ، كان على الحكومة أن تثبت بجميع طرق الإثبات أن هذا المال ، بالرغم من توافر شروط التملك بالتقادم فيه ، هو من أملاكها الخاصة ومن ثم لا يجوز تملكه بالتقادم .

وكون المال الخاص المملوك للدولة أصبح غير قابل للملك بالتقادم لا يمنع من بقاء القضاء المادي — لا القضاء الإداري — مخصاً بالنظر في وجوه النزاع فيه بين الدولة والأفراد .

(٣) جزء ٨ فقرة ٨٨ .

(٤) نقض مدني ٨ نوفمبر سنة ١٩٦٢ بمجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٠٠ ص ٩٨١ .

ولم تقف حماية الأموال الخاصة المملوكة للدولة وللأشخاص العامة الأخرى عند هذا الحد . فقد كان الأصل في هذه الأموال الخاصة انه إذا وقع اعتداء عليها ، لم يكن للحكومة أن تنتصف بنفسها لنفسها ، وأن تلجأ إلى الطرق الإدارية لإزالة هذا الاعتداء كما تلجأ إلى هذه الطرق لإزالة الاعتداء على الأموال العامة . بل كان الواجب أن تلجأ إلى القضاء العادى تطلب دفع هذا الاعتداء ، شأن الحكومة في ذلك شأن الأفراد في دفع الاعتداء عن أموالهم الخاصة . ولكن صدر القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ ، يسبغ على الأملاك الخاصة المملوكة للدولة ولغيرها من الأشخاص العامة حماية أخرى ، فوق الحماية التي أضفاها عليها القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ بجعلها غير قابلة للتملك بالتقادم . فقد نص القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ على عدم جواز التعدى على الأملاك الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، وأضاف ما يأتي :

« وفي حالة حصول التعدى يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إداريا بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة » . وهذه ميزة أخرى للأموال الخاصة . فقد قدمنا أن الأصل أن الحكومة ليس لها أن تلجأ إلى الطرق الإدارية إلا لإزالة الاعتداء على الملك العام ، أما الملك الخاص إذا اعتدى أحد عليه فانه طبقا للقواعد العامة لا يجوز للحكومة أن تزيل الاعتداء عليه بالطرق الإدارية ، بل عليها أن تلجأ إلى القضاء العادى في ذلك . وقد تغير الموقف بعد هذا التعديل الأخير ، وأصبح الملك الخاص كالملك العام في جواز دفع الاعتداء عليه بالطرق الإدارية دون الالتجاء إلى القضاء . فإذا حاز شخص عينا ، وادعت الحكومة أن هذه العين هي من أملاكها الخاصة ، كان لها ، دون أن تلجأ إلى القضاء ، أن تنتزع العين من يد حائزها بالطرق الإدارية ، والحائز هو الذى يلجأ إلى القضاء بعد انتزاع العين من يده (١) .

٣٧٦ - الوقف : كانت المادة ٩٧٠ مدنى ، قبل تعديلها بالقانونين رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ورقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ ، تجري على الوجه الآتى :

« في جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة ولا حقوق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحياة مدة ثلاث وثلاثين سنة » . وكان الوقف ، الأهلى والخيرى

على السواء، قائماً لم يبلغ وقت نفاذ التقنين المدني الجديد في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فكانت الأعيان الموقوفة وقفا أهلياً أو وقفا خيرياً ، طبقاً للمادة ٩٧٠ مدني صالفة الذكر قبل تعديلها ، قابلة للتملك بالتقادم المكسب ، ولكن مدة هذا التقادم ، بدلا من أن تكون خمس عشرة سنة كما هي القاعدة العامة ، كانت ثلاثاً وثلاثين سنة^(١) . وقد أطيبت مدة التقادم المكسب على هذا النحو حماية للوقف ،

(١) أما في التقنين المدني السابق فلم يكن يوجد نص مماثل نص المادة ٩٧٠ من التقنين المدني الجديد . فذهب رأى إلى عدم جواز كسب ملكية العين الموقوفة بالتقادم (استئناف وطني ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٥ القضاء ٣ ص ٩٧ - ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٧ القضاء ٥ ص ٧ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٩٩ ص ٢١١) - وذهب رأى ثان إلى جواز كسب ملكية العين الموقوفة بمدة التقادم العادي ، خمس شر سنة أو خمس سنوات (استئناف وطني ٢٥ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ١٩٧ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٩٨) . وذهب رأى ثالث إلى جواز كسب ملكية العين الموقوفة ، على أن تكون مدة التقادم ثلاثاً وثلاثين سنة أخذاً بالمدة المقررة لعدم سماع دعوى الوقف في الشريعة الإسلامية (استئناف وطني ٢٦ مايو سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ١٣٣ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٩٩ ص ٢١١ - ٦ فبراير سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ رقم ٩٥ ص ٣٢٣ - ٨ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٢٢ ص ٤٧ - ١١ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٥٤ ص ٨٩ - ٧ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٢٢ ص ٢٩ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢٩٩ ص ٤٢٥) .

وقد أخذت محكمة استئناف مصر بدوائرها المجتمعة بهذا الرأي الأخير ، وقالت في حكمها إنه ليس لقضاء الوطني أن يحتل ما ورد باللائحة الشرعية حرفياً فيحكم بعدم سماع دعوى الوقف بعد مضي ثلاث وثلاثين سنة ، بل عليه أن يعتبر المدة فقط ، ثم يجعلها مدة كسب لحق بوضع اليد على طلب للقاعدة المقررة في المادة ٧٦ من القانون المدني (السابق) ، حتى يتيسر بذلك لواقع اليد أن يطلب تثبيت ملكيته وأن يجيبه المحكمة لهذا الطلب (استئناف مصر دوائر مجتمعته ٤ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٢٣ ص ٩٥٥) . وأقرت محكمة النقض بعد ذلك ماقتضت به محكمة استئناف مصر بدوائرها المجتمعة ، وقال إن ملكية الوقف لا تسقط الدعوى بها بمجرد الإهمال فقط مدة ٣٣ سنة ، بل لأنها تستمر حاصلة بلهجة الوقف ما لم يكسبها أحد بوضع يده ثلاثاً وثلاثين سنة وضماً مستوفياً جميع الشرائط المقررة قانوناً لكسب ملكية العقار بوضع اليد (نقض مدني ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٥ ص ٩١٢) . وانظر أيضاً نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٩١ ص ٢٢٦ - ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٩ ص ١٩٤ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥١ ص ١٠٩٧ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٢ ص ١٠٩٨ - أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٣ ص ٥٧٢ . أما محكمة الاستئناف المختلطة فقد قضت بأن الوقف لا يقل =

واقباً من المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي كانت تقضى بعدم جواز سماع دعوى الوقف بعد ثلاث وثلاثين سنة مع الإنكار للحق في هذه المدة ويمكن المدعى من رفع الدعوى وعدم العلل الشرعي (١). وكان التقدم في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أقرب إلى التقدم المسقط ، إذ أن أثره لم يكن تملك الوقف بالتقدم المكسب بل عدم جواز سماع الدعوى وفقاً لما هو مقرر في الفقه الإسلامي .

وبعد أن ألغى الوقف الأهلي في سنة ١٩٥٢ ، لم يبق هناك مجال لتطبيق المادة ٩٧٠ مدني سالفة الذكر إلا على الوقف الخيري الذي بقي قائماً ، فأصبحت صلاتك بالتقدم لأنه لا يجوز التصرف فيه ، غير أنه يجوز الدفع بعدم جواز سماع الدعوى إذا تركت دعوى الوقف مدة ٣٣ سنة مع إنكار المأثر للوقف (استئناف مخطط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٩٠ م ٢ ص ١٠٣ - ٢٣ يناير سنة ١٩٩٥ م ٧ ص ١٠٠ - ٣٠ مارس سنة ١٩٩٩ م ١١ ص ١٧٢ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٩٥ م ١٨ ص ٦٠ - أول مايو سنة ١٩٩٤ م ٣٦ ص ٣٤٥) .

وقد قنن التشريع المدني الجديد قضاء محكمة استئناف مصر بدوايرها المحجزة التي أقرته محكمة النقض ، وقد كان القضاء المذكور يخلق بين حكم لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فيما أخذ منها مدة الثلاث وثلاثين سنة وبين حكم القانون المدني يأخذ به أن التقدم يكسب ويتنقض حيازة تقوم ثلاثاً وثلاثين سنة . وهذه التوفيق كان يوزع نص تشريعي ، فلو جد التشريع المدني المدني الجديد هذا النص .

ولا يجوز لمن كانت حيازة عرضية أن يملك الوقف بالتقدم ، فلا يجوز للوقف ولا لناصر الوقف أو المستأجر أو المتهكر أن يتصلك بذلك (نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢٢ ص ٦١٦ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥١ ص ١٠٩٧ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٢ ص ١٠٩٨ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٤ ص ١٥١ - ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٠ ص ٣٢٧ - ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة ٢ رقم ١٦٢ ص ٤٥٢) ، وذلك ما لم تتغير صفة الحيازة تغييراً يزيل عنها صفة الوتية ، ويكون ذلك إما بفعل الغير أو بفعل من المأثر يعتبر معارضة لحق الملك ، فإن المأثر في هذه الحالة ولو كان واقعاً أو ظاهراً على الوقف يستطيع أن يكسب بالتقدم المال الموقوف ، متى توافرت لديه شروط وضع اليد المكسب للملكية ودامت حيازته له مدة ثلاث وثلاثين سنة (نقض مدني ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤٢ ص ٨٣٩) . وانظر نقض مدني ١٠ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٧ ص ٨٤ (وضع يد المتهكر وورثته من بعده على الوقف هو وضع يد مؤقت لا يكسب ملكية الوقف) .

(١) أنظر آنفاً ص ٩٩٩ حاشي ١ .

الأعيان الموقوفة وقفا خيريا يجوز تملكها بالتقادم المكسب إذا دامت الحياة مدة ثلاث وثلاثين سنة .

ولكن هذا الحكم لم يدم طويلا ، فقد صدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ، كما رأينا ، يقضى بعدم جواز تملك أموال الأوقاف الخيرية بالتقادم . وأصبحت الأموال الموقوفة وقفا خيريا شأنها في هذا الصدد شأن الأموال الخاصة المملوكة للدولة ، كلا النوعين من المال لا يجوز تملكه بالتقادم بموجب نفس القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ . وكما لا يجوز تملك الوقف الخيري بالتقادم ، كذلك لا يجوز بالتقادم كسب أى حق عيني عليه كحق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن حيازي . وقد كان من الحائز الاكتفاء بالحلول التقليدية المقررة في هذا الشأن وجعل المال الموقوف وقفا خيريا قابلا ككل مال آخر لتملك بالتقادم ، مع إطالة مدة التقادم إلى ثلاث وثلاثين سنة كحماية خاصة للوقف . ولكن المشرع المصري لم يرد أن يقف عند هذا الحد ، وكما جعل المال الخاص للملوك للدولة غير قابل للتملك بالتقادم ، جعل أيضا غير قابل للتملك بالتقادم المال الموقوف وقفا خيريا . وبذلك أخذت الاستثناءات من القاعدة الجوهرية التي تقضى بجواز التملك بالتقادم تتكاثر ، ورجع القانون القهقري خطوات إلى الوراء في هذه المسألة الهامة .

ومهما يكن من أمر ، فإن الوقف الخيري الذي تم كسبه بالتقادم قبل نفاذ القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ يبقى على ملك من كسبه بالتقادم ، دون أن يكون للقانون سالف الذكر أثر رجعي . أما الوقف الخيري الذي يكون في حيازة شخص وقت نفاذ القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ، ولم يكن قد انقضى على حيازته مدة ثلاث وثلاثين سنة ، فإنه لا يجوز تملكه بالتقادم ، ولو تمت مدة الثلاث والثلاثين سنة بعد نفاذ هذا القانون .

ويبدو أن الحماية الإضافية ، التي أسبغها القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ على الأملاك الخاصة المملوكة للدولة من جواز دفع الاعتداء عنها بالطرق الإدارية ، لا تتناول الوقف الخيري ، وذلك بالرغم من محووض النص . فإن الالتجاء للطرق الإدارية هو حق خاص بجهة الإدارة ، فلا يجوز أن يمتد إلى ناظر الوقف الخيري ولو كان هذا الناظر هو وزارة الأوقاف . هذا إلى أن جواز الالتجاء للطرق الإدارية دون القضاء هو حق استثنائي ضيق ، يجب عند محووض النص عدم التوسع في تفسيره .

وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٧٠ مدنى يتضمن ققرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « وليس للوقف أن يكسب حقا بالتقادم » . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذه الفقرة ما بأتى . « ولا يملك الوقف بالتقادم ، لأنه يشترط فى إنشائه أن يكون بحجة شرعية » (١) ولكن هذه الفقرة حذفت فى لجنة مجلس الشيوخ « لترك الأمر للقضاة ليتصرفوا حسب القواعد العامة » (٢) . وقد كان القضاء غير مستقر فى هذه المسألة ، فمن الأحكام ما قضى بجواز أن يملك الوقف عينا يجوزها بالتقادم العادى فتصبح العين موقوفة (٣) ، ولكن كثيراً من الأحكام كان يقضى على العكس من ذلك بأن الوقف لا يملك عينا بالتقادم فتصبح وقفاً لأن صفة الوقف لا تثبت للأحيان إلا بحجة شرعية بعد استيفاء إجراءات خاصة ، ولأن الذى يضع يده هوناظر الوقف وليس الوقف كشخص معنوى (٤) . على أن محكمة النقض حسمت هذا الخلاف ، واستقر قضاؤها على أن للوقف أن يملك بالتقادم بحكم كونه شخصاً معنوياً له أن ينتفع بأحكام القانون فى خصوص التقادم المكسب للملك ، إذ ليس فى القانون ما يحرمه من ذلك (٥) . وعلى ذلك يجوز للوقف التجبرى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٨ :

(٢) انظر آتفاً ص ٩٩٩ هامش ١ .

(٣) استئناف وطنى ١٠ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨٥ ص ١٦٦ - استئناف مخطط ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٥١ .

(٤) استئناف مصر ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣١٩ ص ٦٢٥ - ٣١ مارس سنة ١٩٤٦ المحاماة ٣٠ رقم ٣٧٢ ص ٧٥١ - طنطا الكلية ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ . المحاماة ١٠ رقم ٢٣٥ ص ٤٦٤ - استئناف مخطط ٢٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٨٦ - ٢٦ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٤٤ - ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٥ - ١١ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١٨ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن الوقف بصفته شخصاً معنوياً أن يملك بالتقادم كثيراً من الأشخاص ، والقول بأن العين لا يصح اعتبارها موقوفة إلا إذا حرر بوقفها إيجاباً شرعياً لا محل للتحدى به إلا عند قيام نزاع فى وقف العين المدعى بها وإنكار الوقف من واضع اليد عليها (نقض مدنى أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٤ ص ٥٧٤) . وقضت أيضاً بأن الوقف ، بحكم كونه شخصاً اعتبارياً ، له أن ينتفع بأحكام القانون المدنى فى خصوص التقادم المكسب للملك ، إذ ليس فى هذا القانون ما يحرمه من ذلك . وإذا كان التقادم المكسب هو فى حكم القانون قرينة قانونية قاطعة على ثبوت الملك لصاحب اليد ، كان توافر هذه القرينة لمصلحة جهة الوقف دليلاً على أن العين التى تحت يدها موقوفة وفقاً صحيحاً ولو لم يحصل

أن يضع يده على عين مملوكة مدة خمس عشرة سنة أو مدة خمس سنوات بحسب الأحوال ، فيتملكها الوقف وتصبح عيناً موقوفة .

٣٧٧ - محم. مورس : رأينا (١) أن الفقرة الأولى من المادة ٩٧٠ مدني بعد تعديلها تجرى على الوجه الآتي : « في جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة » . وهنا النص يستوقف النظر ، وكان يستوقف النظر أيضاً قبل تعديل المادة ٩٧٠ مدني ، فقد كانت هذه المادة قبل التعديل تجرى على الوجه الآتي : « في جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة ولا حق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة » .

أما أن الأموال الموقوفة تكسب بالتقادم إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة فأمر لا يستعصى على القواعد العامة ، ويكفي أن يجوز شخص عيناً موقوفة وتلدوم حيازته لها مدة ثلاث وثلاثين سنة حتى يمكن القول طبقاً للمادة ٩٧٠ مدني سالفة الذكر (قبل التعديل) إن الحائز قد تملك العين الموقوفة بالتقادم المكسب . وليس في هذا القول خروج على طبيعة الأشياء ، وكل ما فيه أن المشرع هنا قد نقل قاعدة عن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (م ٣٧٥) بعد تحويلها تحويلاً قلباً به التقادم المسقط (أو علم جواز سماع الدعوى) إلى تقادم مكسب . فقد كانت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لا تجعل الوقف يكسب بالتقادم ولا تعطى دعوى استحقاق لمن حاز عيناً موقوفة مدة ثلاث وثلاثين سنة ، ولكن تقتصر على إعطاء الحائز دعماً لا دعوى ، وهذا الدفع أقرب إلى أن يكون دعماً بالتقادم المسقط إذ أنه دفع بعدم جواز سماع الدعوى . فكان ناظر الوقف إذا طالب بعين موقوفة بعد ثلاث وثلاثين سنة

به إلهاد (نقض مدني ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٣ ص ٦٠٢) - وانظر أيضاً نقض مدني ١٠ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٠٣ ص ٧٩٦ .

وانظر في المسألة التي ذهبت إليه محكمة النقض من أنه يجوز الوقف أن يكسب عقاراً بالتقادم فيصبح العقار وفقاً بكون حجة شرعية : محمد علي خرفه فقرة ١٤٠ - ص ٢٥٣ ص ٢٥٤ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٥١٧ ص ٥٤٩ - عبد الم. فرج الصلة فقرة ٣٨١ - وانظر عكس ذلك وأنه لا يجوز الوقف أن يتكسب عقاراً بالتقادم وأن العقار لا يصبح وفقاً دون حجة شرعية : محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٣٦٩ - شفيق شحاته فقرة ٢٨٣ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٧٥ .

لا تسمع دعواه ، وتضيق هذه العين على الوقف لا لأنها كسبت بالتقادم ، بل لأن الدعوى بالمطالبة بها لا يجوز سماعها . فترك المشرع فكرة عدم جواز سماع الدعوى ، أى ما يعادل التقادم المسقط ، إلى فكرة التقادم المكسب . وأعطى لمن حاز العين الموقوفة مدة ثلاث وثلاثين سنة دعوى استحقاق إذ جعله يملك العين الموقوفة بالتقادم المكسب ، ولم يقتصر على إعطائه مجرد دفع بعدم جواز سماع الدعوى . وهذا القدر من التحوير يملكه المشرع لأنه لا يستعصى على قواعد الحيازة والتقادم المكسب ، إذ العين الموقوفة لاشك فى إمكان حيازتها وإن كانت غير قابلة للتصرف فيها ، ففى حازها شخص ودامت حيازته لها مدة ثلاث وثلاثين سنة ، ساغ للمشرع أن يقرر أن الحيازة لهذه المدة الطويلة تكسب الحائز ملكية العين الموقوفة .

والأمر جد مختلف بالنسبة إلى حق الإرث ، فالوارث إنما يضع يده على التركة وهى مجموع من المال (universalité) ، والمجموع من المال لا يقبل الحيازة (١) . وليست التركة كالعين الموقوفة ، إذ التركة لا تقبل الحيازة كما قدمنا ، أما العين الموقوفة فتقبل الحيازة . لذلك كان انتقال المشرع فى العين الموقوفة من التقادم المسقط (أو عدم جواز سماع الدعوى) إلى التقادم المكسب أمراً مستساغاً ، ما دامت العين الموقوفة تقبل الحيازة ، فجعلت حيازتها مدة ثلاث وثلاثين سنة سبباً لكسب ملكيتها . أما انتقال المشرع فى حق الإرث من التقادم المسقط إلى التقادم المكسب ، على الوجه الذى سار عليه فى العين الموقوفة ، فأمر غير مستساغ . إذ التركة مجموع من المال لا يقبل الحيازة ، فقول المشرع إن حق الإرث يكسب بالتقادم إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة قول يخالف القواعد الأساسية فى الحيازة ولا يمكن التسليم به . والواجب أن يقال إن حق الإرث يسقط بالتقادم المسقط أى لا يجوز سماع الدعوى فيه ، لا أن يقال إن حق الإرث يكسب بالتقادم المكسب . وعلى ذلك يجب أن ينتقل الكلام فى حق الإرث من التقادم المكسب إلى التقادم المسقط (٢) . ويؤيد ذلك ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع

(١) انظر آتياً فقرة ٢٥٢ .

(٢) وهذا ما كان يجرى عليه القضاء فى عهد التتتين المدنى السابق (استئناف مخطط ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٦٩ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٠ - محمد كامل موسى

المقيدى ، فهي قد أبرزت هذا الخطأ إذ تقول : « أما دعوى الإرث فهي تسقط بثلاث وثلاثين سنة ، والتقدم هنا يسقط لا مكسب ، لذلك يجب حذف حقوق الإرث من المادة ١٤٢١ (م ٩٧٠ مدني) وجعل الكلام هنا في التقدم يسقط » (١) ولكن هذه الإشارة في المذكرة الإيضاحية التي كان من شأنها وضع المسألة في وضعها الصحيح لم تنفذ ، وبقي حق الإرث المذكور أعني التقدم المكسب على أنه يجوز تملكه بهذا التقدم بعد حيازة تدوم ثلاثاً وثلاثين سنة : من أجل كل ذلك نميل إلى القول بأن الفقه والقضاء يجب عليهما تصحيح هذا الخطأ غير المقصود في التشريع ، والذي نهت المذكرة الإيضاحية إلى وجوب تصحيحه ولكنه لم يصحح طوال المراحل التشريعية التي سار فيها النص . ويترب على ذلك وجوب القول بأن حق الإرث لا يكسب بالتقدم لأنه غير قابل للحيازة ، وإنما تكسب أعيان التركة ، كل عين على حدة ، بالتقدم المكسب ، إذا حاز العين حائز وانقضي على حيازته لما خمس عشرة سنة ، لا ثلاث وثلاثون سنة .

ولكن حق الإرث يسقط بالتقدم يسقط ، أو بعدم جواز الدعوى . فإذا سكنت الوارث ، مع التمكن ودون عذر شرعي ، عن مطالبة سائر الورثة بمحقة في الإرث مدة ثلاث وثلاثين سنة (٢) ثم رفع دعوى المطالبة

٤ بقرة ٣٧١ -) أما إذا قام النزاع لا على حق الإرث ، ولكن على ملكية عين بالذات داخلية في التركة ، فإن الحائز لهذه العين ، ولو كان وارثاً آخر ، وتسلكتها بالتقدم المكسب العادي (نقض مدني ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٤ ص ٢٦٧ - استئناف وطى ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٩٠ ص ١٥٧ - ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٩٤ ص ١٥٣ - استئناف مخطوط ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٦٩ - ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١١ - ٢٣ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣٢ - ٢٧ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٧٠ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣١٠ - ٨ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٤٢ ص ٤٠٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٨ .

(٢) وقد كان هناك خلاف في الرأي في عهد التقنين الملف السابق فما يتعلق بمدة التقدم . فرأى كان يذهب إلى أن هذه المدة ثلاث وثلاثون سنة تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية (استئناف وطى ٤ يناير سنة ١٨٩٤ القضاء ١٠ ص ٥٣ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ الحقوق ١١ ص ٢٧٣ - ١٩ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ٧ ص ٣٠٧ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٠ المحاكم ١١ ص ٢٢١٩ - ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٩٤ ص ١٥٣) . ورأى آخر كان يذهب إلى أن المدة هي خمس عشرة سنة وهي مدة التقدم العادي (استئناف وطى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٦ ص ٨ - ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٩٠ ص ١٥٧) .

بالإرث بعد ذلك ، فإن أقر له الورثة بحقه ، قضى له به وسلم نصيبه في التركة . أما إذا أنكرت الورثة عليه حقه ، ودفعوا دعواه بعدم جواز سماعها أو بسقوطها بالتقادم ، قضى بعدم جواز سماع دعواه (١) . وفي هذه الحالة الأخيرة يبقى سائر الورثة وورثتهم من بعدهم على ما كانوا عليه من حيازة أعيان التركة ، كل بقدر نصيبه . وإذا كان في يد أحدهم جزء من نصيب الوارث الذي قضى بعدم جواز سماع دعواه ، فإنه لا يملك هذا الجزء بالتقادم المكسب ، وإنما قضى له بعدم جواز سماع الدعوى فيه ، فبقى في يده على هذا الأساس (٢) .

٣٧٨- موضوع الحق الزى يكسب بالتقادم حيازة مستوفية لعنصرها

وغالبية من الصواب : ويجب أن يخضع الحق الذي يكسب بالتقادم خضوعاً فعلياً لحيازة مستوفية لعنصرها المادى والمعنوى . فالسيطرة المادية وحدها ، وهى العنصر المادى ، لا تكفى ، بل يجب أن تقرن بالعنصر المعنوى . وإذا اقتصرنا على حق الملكية فى العقار أو فى المتقول ، فإنه يجب أن يحوز الشخص العقار أو المتقول حيازة مادية مقترنة بنية أنه يحوزه لحساب نفسه باعتبار أنه مالك . أما الحيازة العرضية ، وهى الحيازة المادية المجردة من العنصر المعنوى أو الحيازة لحساب الغير ، فإنها لا تكفى فى تملك العقار أو المتقول

(١) انظر من هذا رأى محمد كامل مرسى ٤ فترة ٣٧٢ - اسماعيل غانم ص ١٢٥ - عبد المنعم فرج الصدة فترة ٣٨٠ - منصور مصطفى منصور فترة ١٧٤ ص ٤٠٦ - وقرب عبد المنعم البدر اوى فترة ٥١٦ . وقارن محمد على عرفة ٢ فترة ١٤٧ - شقيق شعاعه فترة ٢٨٧ . (٢) أما إذا وضع وارث يده على عين بالذات من أعيان التركة باعتبار مالكاً لها لا عن طريق الإرث ، فإنه يملك هذه العين إذا دامت حيازته لمدة خمس عشرة سنة (للمدة ثلاث وثلاثين سنة) بالتقادم المكسب ، ولو أنه تبين بعد ذلك أن الوارث الذى قضى بعدم جواز سماع دعواه يده ثلاث وثلاثين سنة كان يملك جزءاً شائعاً من هذه العين يحكم أنه أحد الورثة وله نصيب شائع فيها . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الدفع بعدم جواز سماع الدعوى الذى يمنع المحاكم من سماع ضحايا التركات بعد مضي ٣٣ سنة عليها لا يترتب عليه أدنى تأثير فيما يتعلق بالدفع بالملك بمضى المدة التى يتملك به من وضع يده مدة ١٥ سنة على عين من أعيان التركة (استئناف وطنى ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٩٤ ص ١٥٣) . وانظر أيضاً استئناف وطنى ١٩ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٨٩٧ الحقوق ٧ ص ٣٠٧ - مصر ٢٩ مايو سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٣٠٧ - ٢١ يونيو سنة ١٩١٩ الحقوق ٣٤ ص ١٢٣ .

بالتقادم المكسب (١) : وإذا أراد الحائز العرضي الذي يحوز لحساب غيره لا لحساب نفسه أن يغير صفة هذه الحيازة العرضية وأن يحولها إلى حيازة أصيلة لحساب نفسه بحيث يستطيع أن يملك العقار أو المنقول بالتقادم المكسب عن طريق هذه الحيازة ، فلا يكفي في ذلك تغيير نيته وتصريحه بأنه أصبح يحوز العقار أو المنقول لحساب نفسه لا لحساب غيره . بل يجب عليه أن يلجأ في ذلك إلى إحدى الطريقتين اللتين عينهما القانون لهذا الغرض ، إما بفعل يصدر من الغير أو بفعل يصدر منه هو يعارض به حق المالك ويجابه ، وقد بينا ذلك تفصيلاً فيما تقدم (٢) .

ويجب ، فوق استيفاء الحيازة لعنصرها ، أن تكون خالية من العيوب ، حتى يمكن أن تؤدي إلى التملك بالتقادم . فالحيازة الممية لا تؤدي إلى التملك بالتقادم ، ما دام العيب ملائماً لها . وقد فصلنا فيما تقدم عيوب الحيازة ، وذكرنا أن هذه العيوب أربعة ، هي عدم الاستمرار والخفاء (٣) وعدم الهدوء والغموض (٤) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت محكمة الموضوع قد أوضحت في أسباب حكمها أنه لم تكن لدى الحيازة ولا لورثه حيازة مفترقة بنية التملك ، مستندة فيما استندت إليه إلى أن المورث كان يستأجر أرض النزاع ، فإن في هذا ما يعتبر رداً ضمنيّاً على ما يتسلك به مدعي الحيازة من تملكه تلك الأرض بالتقادم الطويل والتقادم القصير مع السبب الصحيح وحسن النية (نقض مدني ٢٤ يولييه سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٦٢٠) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٧٢ .

(٣) وقبل أن تكون حيازة المنقول بسوء نية خالية من عيب الخفاء ، فإن الحائز يحاول عادة إخفاء المنقول عن عين صاحبه ، ويسعى في ذلك أن المنقول سهل الإخفاء في أغلب الأحوال . وعلى ذلك لا تنتج الحيازة بسوء نية أثرها في تملك المنقول ، ولو دامت هذه الحيازة خمس عشرة سنة ما دامت حيازة خفية (مازور فقرة ١٥١٦ ص ١٢٢٠) . وتملك المنقول بالتقادم المكسب الطويل فادراً الحصول على كل حال ، ليس فحسب لأن الحيازة يشوبها عادة عيب الخفاء ، بل أيضاً لأن المنقول بخلاف العقار لا يقوى على البقاء مدة طويلة في أغلب الأحيان .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٧٣ - فقرة ٢٨٧ - وقد بينا أن عيب عدم الاستمرار هو عيب حطّ ، لكل ذي مصلحة أن يتسلك به ، وأنه إذا زال وتحولت الحيازة إلى حيازة مستمرة غلّت الحيازة من العيب ، ومنذ خلوها منه يمكن أن تؤدي إلى التقادم (انظر آنفاً فقرة ٢٧٧) . أما عيب الخفاء فهو عيب نسبي لا يكون له أثر إلا قبل من أخفيت عنه الحيازة . فإذا زال وظهرت الحيازة وعلم بها المالك أو استطاع أن يعلم بها أصبحت الحيازة خالية من عيب الخفاء ، وصارت صالحة لأن تؤدي إلى التملك بالتقادم (انظر آنفاً فقرة ٢٨٠ - فقرة ٢٨١) . وكذلك عيب عدم

ونرى من ذلك أن القرار أو المتقول المراد تملكه بالتقدم المكسب يجب أن يحوزه الشخص حيازة مستوفية لتصرفها وخالية من العيوب . ثم يجب فوق ذلك أن تدوم هذه الحيازة على النحو المتقدم الذكر مدة خمس عشرة سنة كاملة ، وهي المدة اللازمة التي عينها القانون لاكتمال التقدم ، أى مدة التقدم المكسب الطويل (١) ، وهذا ما ننقل الآن إليه .

٢٤ - مدة التقدم المكسب الطويل

٣٧٩ مسائل الواجب مبرها : مدة التقدم المكسب الطويل هي كما قدمنا خمس عشرة سنة ، ولا يجوز الاتفاق على تعديلها . ويقتضى الأمر أن

سالمهوء يجب نسبي لا يكون له أثر إلا قبل من وقع عليه الإكراه ، فإذا زال بانقطاع الإكراه فهو حيازة ، أصبحت الحيازة خالية من العيوب وصارت صالحة لأن تؤدي إلى التملك بالتقدم (انظر آنفاً فقرة ٢٨٣ - فقرة ٢٨٤) . والنموس أيضاً يجب نسبي لا يكون له أثر إلا قبل من التمس عليه الأمر ، فإذا زال بانتفاء التمس ، أصبحت الحيازة خالية من العيوب صالحة لأن تؤدي إلى التملك بالتقدم (انظر آنفاً فقرة ٢٨٦ - فقرة ٢٨٧) .

(١) وحيازة الشخص للعين حيازة مستوفية لتصرفها وخالية من العيوب المدة اللازمة للتقدم هي من مسائل الواقع التي تنترك لتقدير قاضي الموضوع ، وهذا كله أمر مادي يجوز إثباته بجميع الطرق وتدخل في ذلك البيئة والقرائن - أنظر نقض مدني ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٦ رقم ٧٩ - ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٥٧ رقم ٨٢ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٥٧ رقم ٨٦ - ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ نفس المجموعة ١ ص ٤٥٩ رقم ٩٩ - ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ نفس المجموعة ١ ص ٤٥٦ رقم ٧٣ - ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢ ص ٢١ - ١١ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٦ ص ٢٣٨ - ١٠ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٣٣ ص ٨٣٥ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٣٦ ص ١٩٩ - ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ املامة ٣٤ رقم ٣٠٢ ص ٦٨٩ - ١٩ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٥ رقم ٧٠ - ١٠ مارس سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ١ ص ٤٥٧ رقم ٨٩ - ٣١ مارس سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ١ ص ٤٥٧ رقم ٨٠ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ١ ص ٤٥٧ رقم ٨٧ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ١ ص ٤٥٨ رقم ٩٥ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ١٨٤ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥٠ ص ٩٨١ - ١٧ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٢ ص ١١١ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ١٥٧ ص ١٠٠١ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٥٨ ص ٤١٢ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٦٠ ص ٤٣٤ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٢٩ ص ٩٣٨ .

نبحث في هذا الصدد كيفية حساب هذه المدة ، وبدء سريانها ، والقرينة على قيام الحيازة ما بين بدء مدة التقادم ونهايتها ، وضم المدد في حالة تعاقب الحائزين .

٣٨٠ - مقرر مدة المكسب الطويل خمس عشرة سنة ولا يجوز

الانقضاء على محلها : رأينا (١) أن المادة ٩٦٨ مدني تنص على أن « من حاز متقولا أو عقاراً دون أن يكون مالكا له ، أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به ، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة » : فمدة التقادم المكسب الطويل هي إذن ، كما تبين من هذا النص ، خمس عشرة سنة كاملة .

وهذه المدة تعتبر من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على تعديلها ، لا عن طريق إبطالها ولا عن طريق تقصيرها . وقد رأينا (٢) أن المادة ٩٧٣ مدني تقضي بسريان قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بالاتفاق على تعديل المدة ، فوجب الرجوع في هذا الشأن إلى المادة ١/٢٨٨ مدني ، وهي تنص على أنه : « لا يجوز التزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون » . فلا يجوز إذن الاتفاق بين الحائز والمالك (٣) على أن تكون مدة التقادم المكسب الطويل أكثر من خمس عشرة سنة ، كما

(١) انظر آتفاً فقرة ٣٧١ .

(٢) انظر آتفاً فقرة ٣٦٦ .

(٣) يصعب تصور مثل هذا الاتفاق عملاً ، فالحائز إنما يجوز عيناً فلوكة لغيره بنية ملكها ، فكيف يتأتى أن يتفق مع المالك الذي اغتصب منه العين على أن تكون مدة التقادم أطول أو أقصر من خمس عشرة سنة . وكان يمكن القول إن قاعدة عدم جواز الاتفاق على مدقغير التي عينها القانون لتقادم إنما هي قاعدة تتفق مع طبيعة التقادم المسقط وتستلزم على طبيعة التقادم المكسب ، ومن ثم لا مجال لتطبيقها على التقادم المكسب - على أنه من الممكن أن تصور ، وإن كان ذلك فرضاً بعيد الوقوع ، أن المؤجر اتفق مع المستأجر على أنه في حالة تغيير المستأجر صفة حيازته وتحويلها إلى حيازة أصيلة ، تكون مدة التقادم عشرين سنة مثلاً ، فيكون هذا الاتفاق باطلاً ، كما يكون باطلاً الاتفاق على التزول أصلاً عن التقادم في مثل هذا الفرض (كولان وكايتان ودی لاموراندیر ١ فقرة ١١٩٥ ص ٩٧٤) .

لا يجوز الاتفاق على أن تكون أقصر من خمس عشرة سنة ، بل يتعم أن تكون المدة خمس عشرة سنة لا تزيد ولا تنقص (١) .

ويجزم القضاء الفرنسي الاتفاق على إطالة مدة التقادم ، إذ قد يكون وسيلة إلى التزول عن التقادم قبل أن يتم ، كما إذا اتفق الطرفان على إطالة مدة التقادم إلى خمسين سنة مثلاً أو إلى مائة ، فيكون هذا بمثابة التزول مقدماً عن التقادم من الناحية العملية . ولكن القضاء الفرنسي يجيز الاتفاق على تقصير مدة التقادم ، بشرط أن تكون المدة المتفق عليها كافية لمطالبة المالك بحقه ، فلا تكون قصيرة إلى حد لا يمكنه من ذلك عملياً . أما التفتين المدني المصري الجديد فقد أتى ، كما رأينا ، بنص صريح في المسألة . ففرض في المادة ١/٣٨٨ مدني كما مر القول بتحريم الاتفاق على إطالة مدة التقادم أو تقصيرها ، واعتبر مدة التقادم ، التي حددها القانون بخمس عشرة سنة في التقادم المكسب الطويل ، ملزمة للطرفين فلا يجوز لهما أن يتفقا على تعديلها . فتكون مدة التقادم إذن من النظام العام ، ولا يجوز أن يترك تحديدها لمشينة الأفراد . ويترتب على ذلك أنه إذا اتفق الطرفان على تقصير مدة التقادم المكسب الطويل ، وهي خمس عشرة سنة ، إلى عشر سنوات أو خمس مثلاً ، لم يعتد بهذا الاتفاق ، بل تكون المدة خمس عشرة سنة كاملة . وإذا اتفق الطرفان على إطالة المدة إلى عشرين سنة مثلاً أو خمس وعشرين ، كان هذا الاتفاق باطلاً ، وتبقى مدة التقادم خمس عشرة سنة كما حددها القانون (٢) .

على أن ما قررناه من عدم جواز الاتفاق على إطالة مدة التقادم المكسب الطويل لا يمنع من أن هذه المدة قد تطول فعلاً بطرق أخرى . فإذا وقف سريان التقادم ، طالبت مدته بمقدار المدة التي وقف فيها عن السريان . وإذا انقطعت مدة التقادم ، طال التقادم بمقدار المدة التي انقطع في آخرها وهي المدة التي أصبحت لا يعتد بها ، وبمقدار المدة التي يبقى فيها سبب الانقطاع نافذ الأثر . وقد تطول المدة على هذا الوجه ، من الناحية العملية ، إلى ثلاثين سنة أو إلى أربعين أو إلى أكثر من ذلك (٣) .

(١) وكذلك لا يجوز الاتفاق على تعديل مدة التقادم المكسب القصير وهي خمس سنوات ، فلا يجوز الاتفاق على جعلها مدة أطول ولا على جعلها مدة أقصر .

(٢) أنظر في هذه المسألة الوسيط ٣ فقرة ٦١٢ وفترة ٦٥٨ .

(٣) أنظر في هذه المسألة الوسيط ٣ فقرة ٦٥٩ .

٣٨١- كيفية حساب مدة التقادم : رأينا (١) أن المادة ٩٧٣ مدني

تقضي سريان قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ، فوجب الرجوع في هذا الشأن إلى المادة ٣٨٠ مدني ، وهي تنص على أن « تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات ، ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل بانقضاء آخر يوم منها » . فتحسب إذن مدة التقادم المكسب الطويل ، وهي خمس عشرة سنة كما قدمنا ، بالأيام لا بالساعات . ذلك أننا لو حسبنا المدة بالساعات ، لا تقضي الأمر أن نعرف في أية ساعة على وجه الدقة بدأ سريان التقادم ، وهذا أمر فتعذر معرفته (٢) . فوجب إذن حساب المدة من يوم إلى يوم ، ابتداء من منتصف الليل إلى منتصف الليل التالي ، وفقاً للتقويم الميلادي (٣) . ويقضي هذا عدم حساب اليوم الأول ، لأنه يكون يوماً ناقصاً أو هو جزء من يوم (٤) . فالحساب بالأيام يقضي إذن إغفال اليوم الناقص ، ثم حساب مدة التقادم يوماً فيوماً ، حتى نصل إلى منتصف الليل من اليوم الذي تم به عدة التقادم خمس عشرة سنة كاملة ، ولا يتم التقادم إلا عند منتصف هذا الليل . ولذلك تقول المادة ٣٨٠ مدني كما رأينا . « ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها » . فإذا بدأ سريان التقادم المكسب الطويل يوم ٥ فبراير سنة ١٩٥٠ مثلاً ، فإن التقادم يكتمل عند منتصف الليل الذي يفصل ما بين يوم ٥ فبراير سنة ١٩٦٥ و ٦ فبراير سنة ١٩٦٥ (٥) .

ويدخل في الحساب ما يتخلل هذه الأيام من مواسم وأعياد ، وإذا كان التقادم لا يكتمل إلا بانقضاء آخر يوم منه ، فإنه يقع صحيحاً ما يتخذ من الاجراءات بشأن قطع التقادم في هذا اليوم . فإن كان هذا اليوم الأخير يوماً من أيام الأعياد أو المواسم ، وتعدر اتخاذ إجراء فيه لقطع التقادم ، فإن

(١) انظر آتياً فقرة ٢٦٦ .

(٢) بلا نيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٩ من ٧٠٨ .

(٣) استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٥٢ اغاماة ٣٤ رقم ٢٧ من ٣١ .

(٤) استئناف مخطط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ من ٧٨ .

(٥) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٢ من ٤٤٨ - وانظر الوسيط ٢ فقرة ٦١٤ من ١٠٥٦ -

سريان التقادم يوقف بالقوة القاهرة إلى اليوم التالى أو إلى أول يوم صالح لاتخاذ الإجراء ، ولا يكتمل التقادم بانقضاء هذا اليوم دون أن يتخذ المالك إجراء يقطع به سريان التقادم (١) .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ينص على حساب مدة التقادم بالتقويم المجرى ، كما كان الأمر فى عهد التقنين المدنى السابق حيث كان القضاء بحسب مدة التقادم وهى مأخوذة من الشريعة الإسلامية بالتقويم المجرى (٢) . ولكن التقنين المدنى الجديد حذف النص على الحساب بالتقويم المجرى ، فوجب الحساب بالتقويم الميلادى تطبيقاً لأحكام المادة ٣ مدنى وتنص على أن « تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى ، ما لم ينص القانون على غير ذلك (٣) » .

(١) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦١٤ ص ١٠٥٧ - وينذهب أكثر الفقهاء إلى عكس ذلك ، وإلى أن التقادم يكتمل بانقضاء اليوم الأخير ولو كان يوم عطلة (لوران ٣٢ فقرة ٢٥٥ جيوار فقرة ٨٨ - ترولون ٢ فقرة ٨١٦ - أوبرى وروو ٢ فقرة ٢١٢ ص ٤٤٨ - بودرى وتيسيه فقرة ٥٨٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٩ ص ٧٠٩ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٥٧ - أنسيلكو بيدى دالوز ٤ لفظ Prescription civile فقرة ١٠١ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٦٦ ص ٦٩ - شفيق شحاته فقرة ٢٩٠ ص ٢٩٥ - محمد حل عرفة ٢ فقرة ١٤٨ ص ٢٧٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٢١) . هذا وقد احتسبنا حل الرأى الذى نقول به فى المتن على أن التقادم يوقف سريانه بالقوة القاهرة إذا كان آخر يوم فيه هو يوم عطلة ، إذ يتخذ اتخاذ إجراء قضائى فى هذا اليوم لقطع التقادم (أنظر من هذا الرأى عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣١٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٨٧ - عبد الحى حجازى فى النظرية العامة للانزمام ٣ ص ٣٣٠) .

(٢) استئناف مصر ١٧ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٢٨ ص ٨٤٩ - ١٦ يرنه سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٥٠ ص ٢٧١ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٦ ص ٧٦٢ - ١٣ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١١٦ ص ٢٣٨ .

(٣) أنظر الوسيط ١٠ فقرة ٦١٤ ص ١٠٥٨ - وقد يقع أن يكون مدة التقادم الطويل قد اكتملت بحسب التقويم المجرى قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد ، أى قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فتم التقادم ويكسب الماتر ملكية العقار أو المقتول ، حتى لو لم تكن المدة قد اكتملت بحسب التقويم الميلادى . أما إذا كانت مدة التقادم المكسب الطويل لم تكتمل بالتقويم المجرى قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإن التقادم يستمر سارياً ، ولكن بحسب ألفة من أولها بالتقويم الميلادى تطبيقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد . فلو أن المدة لقي انتقشت قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ كانت خمس عشرة سنة هجرية إلا يوماً واحداً ، فإن التقادم فى هذه الحالة يحسب من أوله بالتقويم الميلادى . ويبقى على اكتمال المدة ، لا يوم واحد فحسب ، بل هذا اليوم مضافاً إليه عدد آخر من الأيام هو الفرق ما بين خمس عشرة سنة ميلادية وخمس عشرة سنة هجرية . فتكون المدة الباقية لا كمال التقادم فى الحالة التى نحن بصدها هى مائة وتسعة وستون يوماً بدلاً من يوم واحد ، إذا حسبت فى الخمس عشرة سنة ميلادية ثلاث سنوات كريمة على الأقل (أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦١٤ ص ١٠٥٨) .

٣٨٢- بدء سريان صفة التقادم : وينبغي على ما قلناه أن مدة التقادم يبدأ سريانها من اليوم التالى لليوم الذى بدأت فيه الحيازة ، أى فى منتصف الليل الذى يعقب مباشرة اليوم الذى بدأت فيه الحيازة . فقد قلنا أن اليوم الذى بدأت فيه الحيازة فعلا هو بالضرورة يوم ناقص أو هو جزء من يوم ، فلا يحسب Dies a quo non computatur in termino (١) .

٣٨٣- بدء سريان صفة التقادم بالنسبة إلى الحقوق المعلقة على شرط واقف أو المقررة بأجل واقف : فإذا كان الحق محل الحيازة حق ملكية معلقاً على شرط واقف ، وجب تطبيق المادة ٣٨١ مدنى الواردة فى التقادم المسقط ، إذ أن المادة ٩٧٣ مدنى تقضى كما رأينا (٢) بأن تسرى قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ، ويدخل فى حساب المدة تحديد بدء سريانها (٣) . وقد نصت المادة ١/٣٨١ و ٢ فى خصوص التقادم المسقط على أنه ١ - لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء . ٢ - وبخاصة لا يسرى التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط ، وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق ، وبالنسبة إلى الدين المؤجل إلا من الوقت الذى يتقضى فيه الأجل :

فإذا طبقنا هذه الأحكام على التقادم المكسب ، ترتب على ذلك أن المالك تحت شرط واقف لا يسرى فى حقه التقادم المكسب إلا من وقت تحقق الشرط . فقبل تحقق الشرط لم يكن حق المالك نافذاً وإن كان موجوداً ، والعبرة فى بدء سريان التقادم بتفاذ الحق لا بوجوده (٤) . فإذا باع شخص

(١) بلانيون وديير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٥ ص ٧٠٢ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٦ .

(٣) محمد عل مرة ٢ فقرة ١٤٨ - عبد المنم فرج الصلة فقرة ٣٨٨ ص ٥٨٨ وعلش

١ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١١٠ ص ١٠٩ هامش ٢ (ويقصر على التساؤل دون أن يثبت فى المسألة) .

(٤) الوسيط ٣ فقرة ٦١٦ ص ١٠٦١ - استئناف مخطط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٢٩

ص ٣٠٢ - وهل ذلك يبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى الحق المعلق على شرط فاسخ ، من وقت وجود الحق لأنه يكون نافذاً من وقت وجوده (أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦١٦ ص ١٠٦٢) .

متزلاً لمشتري تحت شرط واقف ، أو أوصى بالمتزل لشخص معلقاً الوصية على شرط واقف ، كان المشتري أو الموصى له مالكاً للمتزل تحت شرط واقف . فإذا وضع الغير يده على المتزل قبل تحقق الشرط الواقف بنية تملكه ، أمكن لو اضع اليد أن يملك المتزل بالتقادم المكسب . ولكن بدء سريان التقادم لا يكون من وقت الحيازة ، بل من وقت تحقق الشرط الواقف حيث تكون الملكية نافذة ، فيبدأ سريان التقادم من وقت نفاذها (١) .

ومثل الحق المعلق على شرط واقف الحق المقرن بأجل . فإذا كان لشخص حق انتفاع في منزل يؤول إليه بعد انقضاء زمن معين ، كان حق الانتفاع هذا مقرناً بأجل . فإذا وضع شخص يده على حق الانتفاع المؤجل أمكن أن يملكه بالتقادم ، ولكن لا يبدأ سريان التقادم وقت وضع اليد وقبل حلول الأجل ، لأن الحق لم يكن نافذاً في هذا الوقت وإن كان موجوداً . وإنما يبدأ سريان التقادم في الغرض الذي نحن بصدده من وقت حلول الأجل الواقف حيث يصبح حق الانتفاع نافذاً ، فيبدأ سريان التقادم من وقت نفاذه (٢) .

(١) كولان وكابيتان ودی لا موراندییر ١ فقرة ١١٩٣ - ولا يقال إن الشرط الواقف إذا تحقق كان لتحقيق أثر رجعي فيعتبر المالك تحت شرط واقف مالكاً منذ وجود الشرط لا منذ تحققه ، فإن الأثر الرجعي لشرط ليس إلا من قبيل الافتراض أو المجاز (fiction) وليس للافتراض أو المجاز قوة الحقيقة ، ومن ثم لا ينفذ حق المالك تحت شرط واقف إلا بتحقيق الشرط ومن وقت تحققه ، والمبرة في بدء سريان التقادم بنفاذ الحق لا بوجوده . فالقاعدة إذن هي أن يبدأ سريان التقادم من وقت نفاذ الحق ، إذ أن صاحب الحق لم يكن يستطيع المطالبة به قبل استحقاقه . وينبغي أن يكون المالك في خلال مدة التقادم قادراً على المطالبة بحقه ولم يفعل ، فيتقادم الحق جزاء له على إهماله (أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦١٥ ص ١٠٥٩) .

(٢) ويذهب القضاء في فرنسا إلى هذا الرأي ، فلا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الحق المعلق على شرط واقف إلا من وقت تحقق الشرط ، وبالنسبة إلى الحق المقرن بأجل واقف إلا من وقت حلول الأجل . وعنده أن التقادم المكسب لا يقوم على الحيازة فحسب ، بل أيضاً على إهمال المالك في المطالبة بحقه ، ولا يكون المالك مهملًا إذا هو لم يطالب بحقه قبل تحقق الشرط أو قبل حلول الأجل إذ أنه كان لا يستطيع المطالبة بحقه في ذلك الوقت . أما القول بأن المالك كان يستطيع ، قبل تحقق الشرط أو قبل حلول الأجل أن يتخذ إجراءات تحفظية ومنها قطع التقادم ، فيمكن الرد عليه بأن الدائن تحت شرط واقف أو لأجل واقف كان يستطيع هو أيضاً اتخاذ هذه الإجراءات التحفظية ، ومع ذلك فلا نزاع في أن سريان التقادم بالنسبة إليه لا يبدأ =

٣٨٤ - برودريان مرة القادوم بالفنية إلى الحقوق الاجتماعية :

قدمنا (١) أن الحق الاحتمالي هو حق ينقصه عنصر من عناصره الجوهرية ،
والوصف في الحق الاحتمالي هو بالذات نقصان هذا العنصر الجوهرى .
والفرق بين الحق الاحتمالي والحق المعلق على شرط واقف أنه يمكن تصور
قيام الحق المشروط دون الشرط إذ أن الشرط أمر عارض ، أما الحق
الاحتمالي فتح ينقصه عنصر من العناصر الجوهرية حتى يكون حقاً كاملاً
كما سبق القول فلا يمكن تصور قيام هذا الحق الكامل دون استكمال هذا
العنصر الجوهرى . ومن أمثلة الحق الاحتمالي حق الموصى له قبل أن يموت
الموصى ، فلا يكون للموصى له قبل موت الموصى إلا حق احتمالي قد ينقصه

= إلا من وقت تحقق الشرط أو من وقت حلول الأجل . أنظر في هذا المعنى في القضاء
الفرنسى : نقض فرنسى ٤ مايو سنة ١٨٤٦ دالوز ٤٦ - ١ - ٢٥٥ - ٢٨ يناير سنة
١٨٦٢ دالوز ٦٢ - ١ - ٨٩ - ٩ يولي سنة ١٨٧٩ دالوز ٧٩ - ١ - ٢٤٣ - ٨ يناير
سنة ١٩٠٠ سيويه ١٩٠٠ - ١ - ٢٢٤ - ٢٦ أكتوبر سنة ١٩١٥ سيويه ١٩٢٠ - ١ - ٦ .
وقد صدر حكم يقضى بأنه إذا باع صاحب حق الانتفاع المين المتضع بها ، انقضاء ورقبة ،
فإن المشتري يستطيع أن ينسك الرقبة بالتقادم ، ويبدأ سريان التقادم من وقت وضع المشتري
يده على المين حتى قبل انقضاء حق الانتفاع (ليموج ١٧ يونيو سنة ١٩٠٥ سيويه ١٩٠٧ -
٢ - ٢٠١) . وهذا الحكم لا يمارس مع القضاء السابق ، فإن مالك الرقبة يملكها في الحال
وليست ملكيته مقترنة بأجل هو انقضاء حق الانتفاع ، ومن ثم يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الرقبة
من وقت وضع اليد ، ولا حاجة لتأخير سريانه إلى وقت انقضاء حق الانتفاع (بلانيول
وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٧ ص ٧٠٧ - أنسيكلويدى دالوز لفظ Prescription civile فقرة
١٠٩ - محمد علي عرفه ٢ فقرة ١٤٨ ص ٢٧٥)

أما الفقه في فرنسا فهو منقسم في هذه المسألة . فهناك رأى يؤيد القضاء الفرنسى فيما ذهب
إليه (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٦ ص ٧٠٤ - ص ٧٠٥ - بلانيول وريبير
وبولانجي ١ فقرة ٣١٥٤ - بيدان ٤ فقرة ٧٧١ ص ٨٨٥ - ص ٨٥٦ - كولان وكايتان
ودى لامورانددير ١ فقرة ١١٩٣) . وهناك رأى آخر يعارض القضاء الفرنسى ويذهب
إلى أن التقادم يبدأ سريانه ، بالنسبة إلى الحق المعلن على شرط واقف أو المقترن بأجل واقف ،
من وقت وضع اليد ولا يتأخر بده السريان إلى وقت تحقق الشرط أو حلول الأجل (أوبرى
ورور ٢ فقرة ٢١٣ ص ٤٥٣ - ص ٤٥٧ - بودرى وتيسيه فقرة ٣٩٦ وما بعدها .
بمنوار ص ٣٩٩ وما بعدها) . وهناك من الفقهاء من يكتفى بعرض انقضاء والفقه في المسألة دون
أن يتخذ موقفاً فيها (مازوفقرة ١٤٩٤ - سارق وريتر فقرة ١٩٢ ص ٢٠٧ كار يونيه ص ٢١٣) .
وانظر في المسألة أنسيكلويدى دالوز ٤ لفظ Prescription civile فقرة ١٠٥ - فقرة ١١٠
(١) أنظر الوسيط ٣ فقرة ١٦ .

عنصر من العناصر الجوهرية لتكوينه وهو موت الموصى ، ولا يعتبر هذا الموت شرطاً بل هو عنصر من عناصر الحق . ومن أمثلة الحق الاحتمالي أيضاً حق الموعود له بالبيع ، فهذا الحق لا يوجد ولا يستكمل عناصره الجوهرية إلا إذا أبدى الموعود له رغبته في الشراء ، ولا يعتبر إبداء الرغبة شرطاً بل هو عنصر من عناصر الحق .

وإذا كان الحق المعلق على شرط واقف والحق المقترن بأجل لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليهما إلا من وقت تحقق الشرط أو وقت حلول الأجل ، أى من الوقت الذى يصبح فيه الحق نافذاً ، فأولى أن يكون ذلك بالنسبة إلى الحق الاحتمالي . ومن ثم لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الحق الاحتمالي إلا من وقت استكمال جميع عناصره الجوهرية ، وصبرورته حقاً موجوداً نافذاً . وعلى ذلك لا يبدأ سريان التقادم في العين الموصى بها بالنسبة إلى الموصى له إلا من وقت موت الموصى ، ففي هذا الوقت فقط يوجد حق الموصى له وينفذ إذ يستكمل عناصره الجوهرية . وكذلك لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى حق الموعود له بالبيع إلا من وقت إبداء رغبته في الشراء ، ففي هذا الوقت فقط يوجد حقه وينفذ باستكمال عناصره الجوهرية (١) .

٣٨٥ - القرينة على قيام الحيابة ما بين مدة التقادم ومهلتها -

نص قانوني : تنص المادة ٩٧١ مدني على ما يأتي :

« إذا ثبت قيام الحيابة في وقت سابق معين وكانت قائمة حالاً ، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة ما بين الزمنين ، ما لم يتم الدليل على العكس » (٢) . وهذا النص مماثل المادة ٢٢٣٤ من التقنين المدني الفرنسي ،

(١) بلانول وريير ويكار ٣ قرة ٦٩٨ - بلانول وريير وبولانجه ١ قرة ٣١٥٥ - أنيكليوي دالوز ٤ لفظ Prescription civile قرة ١١١ - محمد كامل مرسي ٤ قرة ١١٢ - محمد علي عرفة ٢ قرة ١٨٤ ص ٢٧٥ - عبد النعم فرج الصدة قرة ٢٨٨ ص ٥٨٩ - ص ٥٩٠ - عكس ذلك بودري وتيسيه قرة ٤١٤ وما بعدها .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدي كان يتضمن قرة ثانية تجرى على الوجه الآتي : « ولا يعتبر قيام الحيابة في الحال قرينة على قيامها في وقت سابق ، إلا إذا كان لدى الحائز سند يطليه الحق في الحيابة . ويمد في هذه الحالة حائزاً من بلد التاريخ الثابت لهذا السند ، ما لم يتم الدليل على غير ذلك » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٦ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٣ . وفي -

وهي تنص على أن « الحائز الحالي الذي يثبت أنه قد حاز في وقت سابق يفترض فيه أنه قد حاز في الفترة المتوسطة ما بين الزمنين ، إلا إذا ثبت عكس ذلك » . وهذه القاعدة كانت معروفة في القانون الفرنسي القديم ، نقلها واضعوا التقنين المدني الفرنسي عن Dunod وهو فقيه معروف من فقهاء القانون الفرنسي القديم المتأخرين ، ويعبر عنها بالعبارة اللاتينية الآتية (*Probatis extremis media praesumuntur*)

فيكفي الحائز إذن ، ليثبت أن حيازته دامت خمس عشرة سنة وهي مدة التقادم المكسب الطويل ، أو دامت خمس سنوات وهي مدة التقادم المكسب القصير (١) ، أن يثبت أنه يحوز العين حالا ، وأنه قد حازها بنفسه أو بواسطة سلف له في زمن سابق يرجع إلى خمس عشرة سنة أو خمس سنوات من قبل . وعند ذلك يقيم القانون قرينة قانونية على أن الحيازة بقيت مستمرة في الفترة ما بين الزمنين ، أي بقيت مستمرة طوال مدة الخمس عشرة سنة أو طوال مدة الخمس السنوات بحسب الأحوال . وعلى ذلك يكون الحائز قد أثبت ، بفضل هذه القرينة القانونية ، على أنه بقي حائزاً طوال المدة اللازمة للتقادم . ولكن هذه القرينة القانونية قرينة قابلة للإثبات العكس ، فيجوز للمالك أن يلدحضها بأن يثبت بجميع طرق الإثبات أن

سلطة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية واكتفاء بالقواعد العامة في وسائل إثبات الحيازة بالقرائن أو الشهود أو الستات ، فأصبح النص ، تحت رقم ٩٧١ ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٠-٥٠١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ١٠٤/٧٨ : من أثبت وضع يده على عقار أو حقوق عينية مدة معينة ، وكان واضحاً يده في الحال ، فالنقطة بين المدينين يعتبر وضع يده ، مالم يثبت ماينافي ذلك .

(وحكم التقنين المدني السابق يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٢٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٧٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٩٥ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٩ : إن وضع اليد للثابت وقومه بزمان معين ،

ووضع اليد الحال ، يرجحان قيام اليد في الفترة الواقعة بينهما ، مالم يثبت خلاف ذلك .

(وحكم القانون اللبناني يتفق مع حكم التقنين المصري) .

(١) أو دامت سنة واحدة وهي المدة اللازمة في بعض دعاوى الحيازة .

الحيازة لم تستمر في الفترة ما بين الزمنين بأن انتزعت من الحائز مثلاً أو مخلى عنها ، أو يثبت أن الحيازة وإن استمرت فعلاً في الفترة ما بين الزمنين إلا أنها قد شابها عيب من عيوب الحيازة فجعلها غير صالحة لأن تؤدي إلى التملك بالتقادم (١) .

والواجب ، حتى تقوم القرينة القانونية سالفه الذكر ، أن يثبت الحائز أربعين : (١) أنه حائز العين حالا ، حيازة مستوفية لجميع شرائعها أى خالية من العيوب ، بأن تكون الحيازة ظاهرة هادئة غير غامضة مستمرة : واستمرار الحيازة معناه أن تكون الحيازة قد استقرت منتظمة على الوجه المألوف مدة تكفي لاعتبارها مستمرة ، وليس من الضروري أن تكون هذه المدة سنة فأية مدة يمكن أن يستخلص منها استمرار الحيازة وانتظامها تكفي (٢) . ويستطيع الحائز أن يثبت كل ذلك بجميع طرق الإثبات ، بما في ذلك البيعة والقرائن والمعاينة ، لأنه إنما يثبت واقعة مادية . (٣) وأنه قبل خمس عشرة سنة أو قبل خمس سنوات ، كان هو أو سلفه من مورث أو موص أو بائع أو نحو ذلك يحوز العين هذه الحيازة المستوفية للشروط ، أى حيازة ظاهرة هادئة غير غامضة مستمرة ، ويكفي في الاستمرار هنا أيضاً أن تكون الحيازة قد دامت منتظمة على الوجه المألوف مدة تكفي لاعتبارها مستمرة ، وليس من الضروري أن تكون قد استمرت سنة كاملة (٤) . ويستطيع الحائز هنا أيضاً أن يثبت كل ذلك بجميع طرق الإثبات . ولا بد أن يثبت الحائز كلا من الأمرين المتقدمي الذكر ، ولا يغني إثبات أحدهما عن إثبات الآخر :

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٧ ص ٥٠٧ - ص ٥٠٨ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٤٥ مكررة - بلانول وريير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٥ - وانظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥٠٨ - استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ ص ٤٥٠ .

(٢) ونرى أن القرينة القانونية تكون قائمة ، حتى لو كان الحائز قد انتزعت منه الحيازة بحيث لا يستطيع إثبات أنه الحائز الحال ، وحتى لو لم يتردد هذه الحيازة في خلال السنة . ففى أثبت أنه كان حائزاً في وقت معين ولو لم يكن حائزاً حيازة حالية ، واثبت أنه كان حائزاً أيضاً في وقت أسبق أيا كان هذا الوقت ، قامت القرينة القانونية على استمرار الحيازة في الفترة ما بين هذين الوقتين .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٢١٥ .

قائبات الحياة السابقة لا يغني من وجود الحياة الحالية ، كما أن إثبات الحياة الحالية لا يفترض وجود الحياة السابقة (١) .

وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٧١ مدنى سالف الذكر يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « ولا يعتبر قيام الحياة في الحال قرينة على قيامها في وقت سابق ، إلا إذا كان لدى الحائر سند يعطيه الحق في الحياة . وبعد في هذه الحالة حائراً من بدء التاريخ الثابت لهذا السند ، ما لم يتم الدليل على غير ذلك » (٢) . فكان إثبات الحياة الحالية ، طبقاً لهذا النص ، يفترض وجود الحياة السابقة ، بشرط أن يكون لدى الحائر سند كمقد شراء يعطيه الحق في الحياة ، وبشرط أن يكون هذا السند ثابت التاريخ . فإذا توافر هذان الشرطان افترض وجود حياة سابقة من بدء التاريخ الثابت للسند ، ما لم يتم الدليل على غير ذلك . ومتى افترض وجود الحياة السابقة ولم يتم دليل عكسى ، افترض أيضاً افتراضاً قابلاً لإثبات العكس استمرار الحياة من بدء التاريخ الثابت للسند إلى وقت قيام الحياة الحالية وفقاً للقرينة القانونية التي تقدم ذكرها (٣) . ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذه الفقرة الثانية « اكتفاء بالقواعد العامة في وسائل إثبات الحياة بالقرائن أو بالشهود أو بالسندات » (٤) . وينبئ على حذف هذا النص أن وجود سند

(١) وإثبات قيام الحياة في وقت معين وقيامها حالاً من مسائل الواقع ، يستقل بتقديرها قاضى الموضوع دون مقبض عليه من محكمة النقض (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩ - ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ بمجموعة عمر ١ رقم ٢٦٧ ص ٧٩٢ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ بمجموعة عمر ١ رقم ٢٩٥ ص ٩١٢ - ٤ مايو سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٢٧ ص ٣٥٠ - بودى وتيسيه فقرة ٢٤٧ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٤٩) .

(٢) أنظر آنفاً ص ١٠٢٠ هامش ٢ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « بل إن قيام الحياة حالاً ، إذا كان لدى الحائر سند يعطى الحق في الحياة ، قرينة على قيامها في وقت سابق هو بدء التاريخ الثابت لهذا السند ، ما لم يتم الدليل على عكس ذلك . ويتبين من هذا أن الحائر إذا قدم لإثبات حياته عقد بيع مثلاً ثابت التاريخ منذ خمس عشرة سنة ، فيكون هذا العقد قرينة على أنه حاز منذ خمس عشرة سنة ، وأنه مستمر في حياته إلى اليوم ، وعلى عكسه أن يثبت العكس إذا ادعى . وفي هذه القرائن تيسير عظيم لإثبات الحياة ، بدءاً واستمراراً (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٨) .

(٤) أنظر آنفاً ص ١٠٢٠ هامش ٢ .

ثابت التاريخ يعطى الحق فى الحياة لا يكون قرينة قانونية على قيام الحياة وقت هذا التاريخ الثابت ، ولكن هذا لا يمنع من أن يكون قرينة قضائية يأخذ بها القاضى أو لا يأخذ ، وهى على كل حال قرينة قابلة لإثبات العكس (١) .

٣٨٦- ضم المدد فى حالة تعاقب الحاضرين : ويقع فى العمل ألا يكون شخص واحد هو الذى حاز العين ، وبقي بشخصه حائراً لها مدة خمس عشرة سنة فملكها بالتقدم المكسب الطويل . بل يحدث كثيراً أن عدة أشخاص يتعاقبون على حياة العين ، فيعقب الوارث المورث ، أو يعقب المشتري البائع ، وعندئذ يكون هناك مجال لضم مدة حياة السلف إلى مدة حياة الخلف حتى يبلغ مجموع المدد خمس عشرة سنة ، وهى المدة اللازمة لتملك بالتقدم المكسب الطويل :

وقد سبق أن ميزنا فى هذا الصدد بين الخلف العام والخلف الخاص ، وبينما كيف تضم المدد فى كل من الحالتين (٢) .

فما يتعلق بالخلف العام ، سبق أن قررنا (٣) أن الوارث يستطيع أن يضم إلى مدة حياته مدة حياة مورثه . فإذا كان المورث سقياً النية فانتقلت الحياة مقترنة بسوء النية إلى الوارث ولو كان هذا الأخير حسن النية ، فإن الوارث يستطيع أن يكسب ملكية العين بالتقدم المكسب الطويل إذا ضم مدة حياة مورثه ، ولكن خمس سنوات مثلاً ، إلى مدة حياته هو إذا بلغت عشر سنوات على الأقل . وإذا كان المورث عنده سبب صحيح وكان حسن النية وقت حصوله عليه ، فإن الحياة تنتقل إلى الوارث مقترنة بحسن النية

(١) أنظر أوبرى ورو ٢ بقرة ٢١٧ ص ٥٠٨ - بودرى وتيبسيه بقرة ٢٤٨ ص ١٩٨ .

(٢) أنظر آنفاً بقرة ٢٩٧ - بقرة ٣٠٧ - وقد رأينا (أنظر آنفاً بقرة ٢٩٧) أن المادة ٩٥٥ مدق تنص على أن ١٥ - تنتقل الحياة للخلف العام بصفاتها ، على أنه إذا كان السلف سقياً لنية وأثبت الخلف أنه كان فى حياته حسن النية ، جاوله أن يتسلك بحسن نية . ٢ - ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حياته حياة سلفه فى كل ما يرتبه القانون على الحياة من أثره . هذا ويجب على من يريد ضم مدة سلفه إلى مدته أن يبدى هذا الطلب أمام محكمة الموضوع ، فلا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض (نقض مدق ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة محرر ٤ رقم ١٨٧ ص ٥٢٢) .

(٣) أنظر آنفاً بقرة ٣٠١ .

وبالسبب الصحيح . فإذا كان المورث قد بقي حائزاً للعقار مدة سنتين ، كان للوارث ولو كان سىء النية ، إذا بقي حائزاً للعقار مدة ثلاث سنوات ، أن يضم إليها مدة حيازة سلفه وهى سنتان ، فيستكمل بذلك خمس السنوات اللازمة لتملك العقار بالتقادم المكسب القصير . وإذا كان المورث حسن النية وليس لديه سبب صحيح ، وبقي حائزاً للعقار مدة ست سنوات مثلاً ، ثم انتقلت الحيازة للوارث ، فإنها تنتقل إليه مقترنة بحسن النية وبجردة من السبب الصحيح كما كان الأمر فى شأن المورث . ولا يستطيع الوارث فى هذا الفرض أن يملك العقار بالتقادم القصير لانعدام السبب الصحيح ، ولا يبقى له إلا التملك بالتقادم الطويل ، سواء بقي حسن النية أو ثبت سوء نيته بعد انتقال الحيازة إليه . وفى الحالتين يستطيع ضم مدة حيازة مورثه المقترنة بحسن النية إلى مدة حيازته هو سواء بقيت مقترنة بحسن النية أو أصبحت مقترنة بسوء النية ، فيتملك بالتقادم الطويل إذا بقي حائزاً تسع سنوات أخرى إذ تضم إليها حيازة مورثه وهى ست سنوات^(١) .

وفى ما يتعلق بالخلف الخاص ، سبق أن قررنا^(٢) أن له أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه ، أو أن يفصل ما بين الحيازتين ويتمسك باحدهما دون الأخرى ، وذلك تبعاً لما يرى له من المصلحة فى ذلك . فإذا كان السلف سىء النية وبقي حائزاً للعين مدة عشر سنوات مثلاً ، ثم باع العين إلى مشتري هو أيضاً سىء النية ، فللمشتري أن يملك العين بالتقادم الطويل إذا هو بقي حائزاً لها مدة خمس سنوات أخرى إذ يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه . وإذا كان البائع حسن النية ولديه سبب صحيح ، وبقي حائزاً للعقار مدة سنتين ، ثم نقل الحيازة إلى المشتري وكان هذا أيضاً حسن النية ، فللمشتري أن يملك العقار بالتقادم القصير إذا هو بقي حائزاً له مدة ثلاث سنوات أخرى ، إذ يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه . وإذا كان البائع سىء النية ، وبقي حائزاً

(١) وقد قدسنا (أنظر آتفاً فقرة ٣٠١) أنه إذا كان المورث سىء النية وقت حصوله على السبب الصحيح ، فإن الحيازة تنتقل إلى وارثه مقترنة بسوء النية ، ولا يجديه بعد ذلك أن يثبت حسن نيته . وعلى ذلك لا يستطيع الوارث أن يملك فى هذا الفرض إلا بالتقادم الطويل ، وله أن يضم مدة حيازة مورثه إلى مدة حيازته حتى يستكمل مدة التقادم الطويل .

(٢) أنظر آتفاً فقرة ٣٠٧ .

للعقار مدة أربع عشرة سنة مثلاً ، ثم باع العقار إلى مشتر حسن النية ، فالمشتري يستطيع أن يملك بالتقادم الآتية . إذا بقي حائزاً للعقار مدة خمس سنوات . ولكنه في هذا القرض يفضل أن يملك بالتقادم الطويل ، إذ يستطيع في هذه الحالة أن يملك العقار إذا بقي حائزاً له مدة سنة واحدة بدلاً من خمس سنوات ، لأنه يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه . وإذا فرضنا العكس وكان البائع حسن النية ولديه سبب صحيح ، ولكنه لم يحز العقار إلا مدة أربع سنوات فقط ، ثم باعه إلى مشتر سىء النية يعلم أن العقار ليس مملوكاً للبائع ، فإن المشتري لا يستطيع أن يملك العقار بالتقادم القصير لأنه سىء النية . ولكنه يستطيع أن يملك العقار بالتقادم الطويل ، فإذا هو حازه إحدى عشرة سنة أخرى استطاع أن يضم إليها مدة حيازة البائع وهي أربع سنوات فيستكمل بها مدة التقادم الطويل . وللخلف الخاص أن يفصل ما بين حيازة سلفه وحيازته هو ، ويتمسك باحدهما دون الأخرى وذلك تبعاً لمصلحته . فله أن يتمسك بحيازته هو وحدها ، وأن يسقط حيازة سلفه . ويتحقق ذلك فيما إذا كان البائع سىء النية وحاز العقار لمدة ست سنوات مثلاً ، ثم باعه إلى مشتر حسن النية بقي حائزاً له مدة خمس سنوات . فهنا يستطيع المشتري أن يملك العقار بالتقادم القصير ، ولا يحتاج في ذلك إلا إلى التمسك بحيازته هو ، دون حيازة البائع . أما إذا أراد ضم حيازة البائع سىء النية ، فلا يستطيع أن يملك إلا بالتقادم الطويل ، فيحتاج إلى حيازة مدتها تسع سنوات بدلاً من خمس ، ولذلك يفضل أن يتمسك بحيازته هو المقترنة بحسن النية وبالسبب الصحيح دون حيازة البائع المقترنة بسوء النية (١) . وله أن يتمسك بحيازة سلفه دون حيازته هو إذا كانت له مصلحة في ذلك . وتحقق هذه المصلحة إذا كان البائع حسن النية ولديه سبب صحيح ، وكان المشتري سىء النية . فإذا كانت مدة حيازة البائع قد بلغت خمس سنوات وبلغت مدة حيازة المشتري ثمانى سنوات ، فإن من مصلحة المشتري أن يتمسك بحيازة البائع وحدها وأن يسقط حيازته هو . فقد بلغت حيازة البائع

(١) استئناف وطنى ١١ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٤٧ ص ٤٣ - أول يونيو

خمس سنوات وهو حسن النية ولديه السبب الصحيح وهذا كاف لتملك العقار بالتقادم القصير ، فتحصل للمشتري ملكية العقار نقلا عن البائع كما خلصت له حيازته . أما إذا أراد المشتري أن يتمسك بملء حيازته المقرنة بسوء النية ، فإنه لا يستطيع أن يملك إلا بالتقادم الطويل ، ولو ضم مدة حيازة البائع وهي خمس سنوات إلى مدة حيازته وهي ثمانى سنوات ، لتقصه سنتان حتى يكمل المدة خمس عشرة سنة . فصلحته إذن في هذا الفرض هي ألا يتمسك بحيازته ، وأن يقتصر على التمسك بحيازة البائع :

٣ - وقف التقادم المكسب وانقطاعه

(١) وقف التقادم المكسب

(Suspension de la prescription)

٣٨٧ - سريان قواعد التقادم المسقط على وقف التقادم المكسب فيما

عراقهما واحدا - نص قانوني : رأينا (١) أن المادة ٩٧٣ مدني تقضي بأن تسري قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بوقف التقادم مع مراعاة أحكام معينة . وقد قررت المادة ٩٧٤ مدني حكما يخالف فيه وقف التقادم المكسب وقف التقادم المسقط ، فنصت على ما يأتي :

« أيا كانت مدة التقادم المكسب ، فإنه يقف متى وجد سبب لوقفه (٢) » .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢٥ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٩ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٥ - ص ٥٠٦) .

ولا مقابل النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المعنية المربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٢٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٧٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل (ولكن وقت التقادم المسقط في التقنين العراقي يقف

أيا كانت مدة التقادم ولا يتعبد بتقادم مدته تزيد على خمس سنوات ، وكذلك يقف التقادم المكسب أيا كانت مدته) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

ويخلص مما تقدم أن قواعد التقادم المسقط في وقف التقادم تسرى على وقف التقادم المكسب ، فيما عدا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٨٢ مدني في شأن التقادم المسقط من أنه « لا يسرى التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية ، أو في حق الغائب ، أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً » . ويؤخذ من ذلك أن التقادم المسقط لا يوقف إذا كانت مدته لا تزيد على خمس سنوات ، وقد رأينا أن التقادم المكسب على خلاف التقادم المسقط يوقف سريانه أياً كانت مدته كما يقضي بذلك نص المادة ٩٧٤ مدني فيما قدمنا . ونستعرض في ضوء ما تقدم قواعد وقف التقادم المسقط لتطبيقها على وقف التقادم المكسب ، مع مراعاة ما اختص به التقادم المكسب من هذا الحكم الخاص الذي أشرنا إليه (١) .

٣٨٨- القاعدة العامة في وقف التقادم - القاعدة التغليرية التي تنفي بأنه

يوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق قطع سريانه
تقضي بأن يوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق قطع سريانه : وردت القاعدة العامة في وقف التقادم ، في شأن التقادم المسقط ، في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ مدني ، وتنص على ما يأتي : « لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أدبياً . وكذلك لا يسرى التقادم فيما بين الأصيل والنائب » (٢) . ويسرى هذا النص

(١) ويلاحظ أن وقف سريان التقادم غير تأخير سريان التقادم . فوقف سريان التقادم يفترض أن التقادم قد بدأ سريانه فعلاً ، ثم عرض من الأسباب ما يقف هذا السريان ، وعند ذلك لا تحسب المدة التي وقف فيها سريان التقادم وتحسب المدة التي سبقت والمدة التي تلت . أما تأخير سريان التقادم فيفترض أن التقادم لم يبدأ سريانه ، فهو إذن لا يقع إلا منذ البداية ولا يتصور وقوعه متراضاً سريان التقادم بعد أن بدأ ، وذلك كتأخير سريان التقادم حتى يتحقق الشرط الواقف أو حتى يحل الأجل الواقف . انظر في ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٢٠ .

(٢) انظر تاريخ هذا النص وما يقابله في التقنين المدني السابق في الوسيط ٣ فقرة ٦٢١ ص ١٠٦٩ هامش ٢ وص ١٠٧٠ هامش ١ .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٧٩ (مطابق - ويسرى على التقادم المكسب بموجب المادة

على التقادم المكسب بموجب المادة ٩٧٣ مدني ، فلا يسرى التقادم المكسب كلما وجد مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أدبياً ، وكذلك لا يسرى التقادم المكسب فيما بين الأصيل والنائب .

وقد استحدث التقنين المدني الجديد على هذا الوجه تعديلاً هاماً في أسباب وقف التقادم ، فبعد أن كانت هذه الأسباب مذكورة على سبيل الحصر في التقنين المدني السابق ^(١) أسوة بالتقنين المدني الفرنسي ، أصبحت في التقنين المدني الجديد سبباً عاماً يندرج تحته كثير من الأسباب ، فكلما وجد مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه يقف سريان التقادم ، ولو كان هذا المانع أدبياً .

وقد أخذ التقنين المدني الجديد في ذلك بقاعدة تقليدية كانت معروفة في القانون الفرنسي القديم ولا يزال القضاء الفرنسي يأخذ بها على خلاف الفقه الفرنسي ، وهي تقضي بأن يوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق أن يقطع سريانه *contra non valentem agere non currit proscriptio* ، فأى مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يقطع التقادم يكون سبباً في وقف سريانه .

٣٨٩ - موقف الفقه الفرنسي والقضاء الفرنسي من القاعدة التفسيرية :

لم ينقل التقنين المدني الفرنسي هذه القاعدة التقليدية ، بل هو قد عدد أسباب وقف التقادم ، وقرر في المادة ٢٢٥١ منه أن التقادم يسرى في حق كل شخص إلا إذا كان الشخص مستثنى بموجب نص في القانون .

= التقنين المدني الليبي م ٢٦٩ (مطابق - ويسرى على التقادم المكسب بموجب المادة ٩٧٧ مدني ليبي) .

التقنين المدني العراقي م ٤٣٥ (يرافق - ويسرى على التقادم المكسب بموجب المادة ١١٦٢ مدني عراقي)
قانون الملكية المقارنة اللبناني م ٢٦٦ : لا يسرى مرور الزمن ، في المسائل العقارية ، لا على الفائتين ولا على فائتي الأهلية بمقتضى القانون .

(١) وبالرغم من ذكر أسباب وقف التقادم في التقنين المدني السابق على سبيل الحصر ، فقد كان القضاء المصري في عهد هذا التقنين يتوسع في هذه الأسباب توسع القضاء الفرنسي. فقد قضت محكمة النقض بأن التقادم يقف كلما استحال على صاحب الحق ، مادياً أو قانونياً ، أن يطالب بحقه ، فهو يقف بالنسبة إلى كل صاحب حق حالت بينه وبين المطالبة بحقه قوة قاهرة (نقض مدني ٢ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩ ص ٢٧) .
 فالتقنين المدني الجديد لم يفعل إلا أن قنن القضاء المصري في هذا الشأن . وانظر أيضاً استئناف مخطوط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٦٢ .

وعلى ذلك يأبى الفقه الفرنسى الأخذ بالقاعدة التقليدية القديمة ، فلا يسلم بوقف التقادم حيث يتعلز على صاحب الحق أن يقطع سريانه : ويحتج للملك بأن هذه القاعدة التقليدية إنما قامت فى القانون الفرنسى القديم على أساس أن التقادم إنما وجد لعقاب صاحب الحق المهمل ، فإذا ثبت أنه لم يهمل بل تعذر عليه أن يطالب بحقه فلا محل إذن للتملك ضده بالتقادم . وكان الفقهاء الأولون الذين قالوا بهذه القاعدة فى القانون الفرنسى القديم يقصرونها على الموانع القانونية التى تحول دون أن يطالب صاحب الحق بحقه ، ولكن ما لبثت القاعدة أن اتسعت حتى شملت الموانع القانونية والموانع المادية جميعاً ، فانطوى فى القاعدة جميع الأحوال التى يتعلز فيها على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، من قصر وجنون وحجر وقيام حرب وانقطاع مواصلات وغية متقطعة وجهل بالحق وقوة قاهرة وغير ذلك . وكان للقانون الكنسى ، وهو يتزع إلى التضييق من نطاق التقادم ، أثر كبير فى توسيع القاعدة . ويذهب الفقه الفرنسى إلى أن التقييد المدنى الفرنسى أراد القضاء على هذه القاعدة القديمة بما تجره من اضطراب ومنازعات ، فنص فى المادة ٢٢٥١ منه على أن التقادم يسرى فى حق كل شخص إلا إذا كان الشخص مستثنى بموجب نص فى القانون . فأسباب وقف التقادم إذن مذكورة ، فى نظر الفقه الفرنسى ، على سبيل الحصر فى نصوص القانون ، وليست متفرعة عن قاعدة عامة كالقاعدة سالفة الذكر : وأيا كان المانع الذى يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، فإن هذا المانع لا يكون سبباً لوقف التقادم إلا إذا ورد به نص صريح فى القانون . ويزيد الفقه الفرنسى على ما تقدم أن التقادم لم يعد يقوم على فكرة عقاب صاحب الحق المهمل ، وهى الفكرة التى تعتبر من أقوى المبررات للقاعدة التقليدية القديمة ، بل يقوم التقادم على فكرة تثبيت الأوضاع القائمة ودعم الثقة المشروعة حتى يستقر التعامل : وهى فكرة يستوى عندها أن يقوم مانع يحول دون أن يطالب صاحب الحق بحقه أو لا يقوم ، ففى الحالتين ينبغى أن يتملك الحائز بالتقادم العين التى يحوزها حتى تتوطد الثقة المشروعة وتستقر الأوضاع القانونية (١) .

(١) أنظر فى هذا المعنى لوران ٣٢ ققرة ٣٧ - ميك ١٤ ققرة ٤١٥ - بودرى -

أما القضاء الفرنسى فلم يساير الفقه الفرنسى فيها ذهب إليه . بل قصر نص المادة ٢٢٥١ مدنى فرنسى على أسباب وقف التقادم التى ترجع إلى حالة الشخص كما هو ظاهر النص ، فهذه الأسباب مذكورة على سبيل الحصر فى نصوص القانون . أما الأسباب التى لا ترجع إلى حالة الشخص ، بل ترجع إلى ظروف خارجية ، فهى غير مذكورة على سبيل الحصر ، ويعمل القضاء الفرنسى فى شأنها إلى تطبيق القاعدة التقليدية المشار إليها ، فأى مانع خارجى يتعذر معه على صاحب الحق أن يقطع التقادم يكون سبباً فى وقف سريانه . ويذهب القضاء الفرنسى إلى أن المقصود بالمادة ٢٢٥١ مدنى فرنسى هو القضاء على الامتيازات التى كان يتمتع بها بعض الأشخاص فى القانون الفرنسى القديم ، كالكنيسة والهيئات العامة وأملالك التاج ، فكان التقادم لا يجرى فى حقها أو يجرى تقادم أطول ^(١) . فقضى النص بأن التقادم يجرى فى حق كل شخص ، دون تمييز بين شخص وآخر ، ما لم يرد نص خاص يقف سريان التقادم بالنسبة إلى طائفة معينة من الأشخاص نظراً لحالة شخصية قائمة بها ، كما وردت المادة ٢٢٥٢ مدنى فرنسى فى خصوص القصر والمحجورين . أما إذا كان المانع الذى يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه لا يرجع إلى حالة شخصية ، فهذا أمر آخر لم تعرض له المادة ٢٢٥١ . ويطبق القضاء الفرنسى القاعدة التقليدية القديمة فى هذا النطاق بعد أن يخرج الموانع التى ترجع إلى حالة شخصية فيجعلها خاضعة للمادة ٢٢٥١ ^(٢) : فعنده إذا تعذر على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، بسبب حرب أو غزو أو ثورة أو انقطاع المواصلات أو لإقفال المحاكم أو غيبة

= وتيسيه فقرة ٣٦٧ - فقرة ٣٦٨ - كولان وكايتان ودى لامورانديرا فقرة ١١٩٢ ص ٩٧٠ - ٩٧١ . وقارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩ - ويذهب أوبرى ورو إلى الأخذ بالقاعدة التقليدية القديمة بشرط أن تكون مقصورة على الموانع القانونية وحدها ، فلا يمتد بالموانع المادية أسباباً لوقف التقادم إلا إذا ورد بها نص صريح فى القانون (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٤ وهوامش ٢٩ إلى ٣٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٨ فى آخرها .

(٢) أنظر فى موقف القضاء الفرنسى من هذه المسألة بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٦ وفقرة ٧٤٢ ص ٧٣٩ وفقرة ٧٤٣ ص ٧٤١ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٢٠٦ .

متقطعة أو جهل صاحب الحق بحقه جهلاً مفترضاً أو غير ذلك ، كان هذا كافياً لوقف سريان التقادم ^(١) . وهذا الاتجاه الذى سار فيه القضاء الفرنسى ، ومن شأنه أن يخفف من حدة مآخذ ينطوى عليه التقادم من إنكار لحقوق ثابتة ، هو الذى أخذ به التقنين المدنى المصرى الجديد ^(٢) .

٣٩٠ - موقوف التقنين المدنى المصرى الجديد من القاعدة التقليدية : وقد كان التقنين المدنى المصرى السابق قد حذا حذو التقنين المدنى الفرنسى فى مصر أسباب وقف التقادم كما سبق القول ^(٣) . ولكن التقنين المدنى المصرى الجديد قد عدل عن هذه المحاذاة ، وجعل التقادم يقف لا بالنسبة إلى ناقص الأهلية والمحجورين فحسب ، ولا فيما بين الأصيل والنائب فحسب ، بل بوجه عام يقف سريان التقادم كلها وجد مانع يتعلم معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً ^(٤) . فجاءت عبارة النص من حيث العموم والشمول بحيث تذكر بالقاعدة التقليدية فى القانون الفرنسى القديم ، التى تقضى بأن يوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق أن يقطع سريانه ^(٥) .

(١) وتقضى محكمة النقض الفرنسية بأن التقادم لا يسرى فى حق من يستحيل عليه العمل بسبب مانع ناجم عن القانون أو عن الاتفاق أو عن القوة القاهرة ، واستحالة العمل مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض (نقض فرنسى ٢٢ يوفيه سنة ١٨٥٣ سيرية ٥٥ - ١ - ٥١١ - ١٠ ديسمبر سنة ١٨٥٥ سيرية ٥٦ - ١ - ٤٢٩ - ٢٧ مايو سنة ١٨٥٧ دالوز ٥٧ - ١ - ٢٩٠ - ١٩ يولية سنة ١٨٦٩ دالوز ٧٠ - ١ - ٧٥ - ٣ يناير سنة ١٨٧٠ دالوز ٧٢ - ١ - ٢٢ - ٢٨ يوفيه سنة ١٨٧٠ دالوز ٧٠ - ١ - ٣١٠ - ٢٠ يناير سنة ١٨٨٠ دالوز ٨٠ - ١ - ٦٥ - ١٨ نوفمبر سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ - ١ - ١٠١ - ٢١ مايو سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٤٢٢) . وانظر أيضاً فى قضاء محاكم الاستئناف الفرنسية لكس ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٠ سيرية ١٩٢٢ - ٢ - ٤٦ - باريس ١٦ مارس سنة ١٩٤٩ J. C. P. ١٩٤٩ - ٤٩٦٠ .

(٢) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦٢٢ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٨٨ .

(٤) أنظر المادة ١/٢٨٨ مدنى آنفاً فقرة ٣٨٨ .

(٥) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى صدد التقادم المسقط ، مايقضى : « بيد أن أهم جديد أتى به المشروع فى هذا الصدد هو النص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إذا كان ثمة مانع يستحيل معه على الفائت أن يطالب بحقه فى الوقت المناسب ، ولو كان هذا المانع أدبياً . ولم ير إيراد المواثيق على سبيل الحصر - كالحرب وحالة الأحكام العرفية -

ويشفع للتقنين المدني الجديد في مسلكه هذا أنه ، بعد أن أخذ مدة التقادم من الشريعة الإسلامية وجعلها خمس عشرة سنة وهي مدة لا تبلغ إلا نصف المدة المقررة في التقنين المدني الفرنسي ، لم ير بأساً من أن تطول هذه المدة بالعرف الشرعي ، وهو ما أخذت به الشريعة الإسلامية أيضاً عندما قررت عدم جواز سماع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي . ذلك أن مدة التقادم والعذر الشرعي أمران يتلازمان ، وقد أخذ التقنين الجديد فيهما معاً بأحكام الشريعة الإسلامية . وما العذر الشرعي إلا قيام المانع الذي يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، والعذر الشرعي والمانع كلاهما يمكن تقريريه من القاعدة الفرنسية القديمة التي كانت تقضى بوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق قطع سريانه .

على أنه من المصلحة أن تضبط ، من ناحية التطبيق ، حدود المانع الذي يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، حتى لا يخل الأساس الذي قام عليه التقادم . فالتقادم إنما شرع لصيانة الأوضاع القائمة المستقرة ، فلا يجوز إهدار هذه الصيانة ، ويجب التشدد في ضبط أسباب وقف التقادم . وقد ورد من هذه الأسباب ، في نص التقنين المدني المصري وفي المذكرة الإيضاحية وفي التقيينات الأجنبية نقص الأهلية والحجر ، والعلاقة ما بين الأصيل والنائب ، والعلاقة ما بين الزوجين ، والعلاقة ما بين الأصول والفروع ، والعلاقة ما بين الشخص المعنوي ومديره ، والعلاقة ما بين المخدم والخدم ، وحالة ما إذا

= والأسر وصلة الزوجية والخدمة - على غرار ما فعلت بعض تقيينات أجنبية . بل عم الحكم نفسه مع ما يقضى به العقل ، ولا سيما أن ضبط حدوده من طريق التطبيق غير صير . وتطبيقاً لهذا الحكم يقف سريان التقادم بين الزوج وزوجته ما بقيت الزوجية قائمة ، وبين المحجور ومن يتوب عنه قانوناً ما بقى قائماً على الإدارة ، وبين الشخص المعنوي وفائيه ما بقيت النيابة النيابة قائمة ، وبين الموكل والوكيل فيما يدخل في حدود التوكيل ، وبين السيد والخدم طوال مدة التعاقد ، لأن بين كل من أولئك وكل من هؤلاء على التوالي صلة تمتد على الاحترام والثقة أو الرهبة يستحيل منها على الدائن أدبياً أن يطالب بحقه . وتجدر الإشارة إلى أن اتحاد الذمة مانع طبيعي من موافق سريان المدة ، فإذا زال السبب الذي أفضى إلى اجتماع صفتي الدائن والمدين زوالاً مستقداً ، وعاد الدين إلى الوجود ، اعتبر التقادم قد وقف طوال الفترة التي تحقق الاتحاد في خلالها . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٩) .

كان صاحب الحق غالباً غيبة اضطرارية في سفر أو أسر أو نحو ذلك ، وحالة اتحاد الذمة : وهذه كلها أسباب تتعلق بالشخص : شخص صاحب الحق كما في القصر والحجر والغيبة والأسر واتحاد الذمة ، أو العلاقة بينه وبين الخاتر كما في العلاقة بين الزوجين وبين الأقارب وبين المخلوم والمخادم . وبعض هذه الموانع موانع مادية ، وبعضها موانع أدبية . وقد تقوم موانع يتعلم معها أن يطالب صاحب الحق بحقه وترجع ، لا لأسباب تتعلق بالشخص ، بل لظروف مادية أقرب ما تكون إلى القوة القاهرة كقيام حرب أو نشوب فتنة أو إعلان الأحكام العرفية أو انقطاع المواصلات . (١) ونستعرض كلا من هذين النوعين من أسباب وقف التقادم في التقنين المدني المصري (٢) :

(١) ويميز القضاء الفرنسي أن يتفق الطرفان على وقف سريان التقادم لمدة معينة لأسباب تستوجب ذلك ، كما إذا اتفقا على وقف التقادم في خلال مدة تحقيق جنائي أو تحقيق إداري أو في خلال المدة التي تدور فيها مفاوضات الصلح ، ومن ثم تطول مدة التقادم بقدر ما وقف من سريانه (نقض فرنسي ٢٢ يونيو سنة ١٨٥٣ دالوز ٥٣ - ١ - ٣٠٢ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٦٥ دالوز ٦٧ - ١ - ٢٢٤ - ٢١ مايو سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٤٢٢) . ويقول بودري وتيسيه إنه ليس في هذا الاتفاق ما ينشئ أسباباً جديدة لوقف التقادم ، وإنما هو تطبيق لحرية التماقد فيما لا يصطدم مع النظام العام . وليس في النظام العام ما يمنع من الاتفاق على تأخير رفع الدعوى أو على وقف سريان التقادم لتحقيق مصلحة أو لقيام ضرورة ، فقد أجاز القانون إضافة أجل للدين فكن الطرفين بذلك من وقف التقادم إلى حلول هذا الأجل (بودري وتيسيه فقرة ٦٣ - فقرة ٦٦) .

(٢) أنظر في ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٢٢ - هذا ويجرى القضاء الفرنسي القاعدة التي تقضى بوقف التقادم حيث يتطر على صاحب الحق قطع سريانه ، أكثر ما يكون ، عندما يقوم المانع في آخر مدة التقادم ، فتكتمل مدة التقادم والمانع لا يزال قائماً : عند ذلك يعتبر هذا المانع قوة قاهرة حالت دون أن يتخذ صاحب الحق الإجراءات القانونية للطالبة بحقه . أما إذا قام المانع في وسط مدة التقادم ، ثم زال مع بقاء مدة طويلة بعد زواله وقبل أن يكتمل التقادم ، فإنه لا يمتد هذا المانع ، ولا يعتبر التقادم موقوفاً في أثناء قيامه ، فقد كان عند صاحب الحق مدة طويلة بعد زوال المانع يستطيع في خلالها المطالبة بحقه (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٤٢ ص ٧٣٩) .

وقد كان القضاء في مصر ، في عهد التقنين الملق السابق ، يجري على هذا المبدأ . فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن المانع الوقتي لا يقف سريان التقادم ، ولكن لقاضي أن ينفى صاحب الحق من الحكم بالتقادم إذا بانثر حقوقه بمجرد زوال المانع . أما إذا زال المانع الوقتي ولا يزال أمام صاحب الحق مدة كافية لاستعمال حقه وأعمل استعماله حتى انتهت جميع -

٣٩١- أسباب وقف التقادم التي تنقل بالشخص : أهم هذه الأسباب

هو السبب المتعلق بناقص الأهلية والمحجورين . وسواء كانت مدة التقادم هي خمس عشرة سنة وهي مدة التقادم الطويل ، أو كانت خمس سنوات وهي مدة التقادم القصير ، فإن التقادم يقف سريانه في حق ناقصي الأهلية والمحجورين^(١) . وقد نصت المادة ٩٧٤ مدني صراحة ، كما رأينا^(٢) ، على أنه « أيا كانت مدة التقادم المكسب ، فإنه يقف متى وجد سبب لوقفه » . ويجب التمييز في هذا الصدد بين ما إذا كان للمحجور نائب يمثل له أو ليس له نائب . ففي حالة ما إذا كان له نائب لا يقف سريان التقادم ، وعلى النائب أن يقطع التقادم وأن يطالب بحق محجوره ، وإلا كان هو المسئول نحو المحجور . وهذا حكم استحدثه التقنين المدني الجديد ، فقد نصت المادة ٢/٣٨٢ من هذا التقنين في صدد التقادم المسقط على أنه « لا يسرى التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب ، أو في حق المحكوم عليه بعقوبة

= المدة ، فإنه يجب الحكم بالتقادم (استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ رقم ٣٧٦ ص ٧٦٢) . ولما كان التقنين المدني الجديد جاء نصه صريحاً في أن المانع أيا كان يقف التقادم ، ولم يذكر أسباباً محددة على سبيل الحصر لوقف التقادم كما فعل التقنين المدني الفرنسي ، مما دعا القضاء في فرنسا في الموانع التي لم يرد بها نص إلى اعتبارها بمثابة القوة القاهرة فلا يكون لها أثر إلا إذا قامت في آخر مدة التقادم فنصت صاحب الحق من المطالبة بحقه قبل اكتمال هذه المدة ، فإن هذه الاعتبارات لا محل لها أمام النص الصريح للتقنين المدني المصري ، ويجب اعتبار أي مانع ولو توسط مدة التقادم ولم يجرى في آخره سبب لوقف سريان التقادم (الوسيط ٣ فقرة ٦٣٦ ص ١٠٨٦ هامش ٢ - عيد المنم فرج الصدة فقرة ٨٩٦ ص ٦٠٦ هامش ١ - عكس ذلك محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٥١ ص ٢٨٠ - ص ٢٨١) .

(١) وهذا بخلاف التقادم المسقط ، فقد نصت المادة ٢/٣٨٢ مدني في شأن هذا التقادم على أنه « لا يسرى التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، إذا لم يكن له نائب يمثل قانوناً » . فالتقادم المسقط لا يقف سريانه في حق المحجورين ، إلا إذا كانت مدته تزيد على خمس سنوات ولم يكن للمحجور نائب يمثل قانوناً (أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٢٤ ص ١٠٧٨ - ص ١٠٨٠) . أما التقادم المكسب ، الذي نحن بصدده ، فيقف سريانه في حق المحجورين ، سواء كان تقادماً طويلاً مدته خمس عشرة سنة أو كان تقادماً قصيراً مدته خمس سنوات (أنظر م ٩٧٤ مدني آنفاً فقرة ٣٨٧) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٧ .

جنائية ، إذا لم يكن له نائب يمثل قانوناً ، وذلك تضييقاً من أسباب وقف التقادم باقتال مالا تقوم الضرورة لتبريره . وفي حالة ما إذا لم يكن للمحجور نائب يمثله ، فهنا يقف التقادم لقيام الضرورة إذ لا يوجد نائب عن المحجور يقطع التقادم (١) .

وقد يقوم مانع يتعلق بالشخص ، غير القصر والحجر ، بتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه . من ذلك الغيبة الاضطرارية لسجن أو أسر أو نحو ذلك ، وهذه غير الغيبة المتقطعة التي يقام من أجلها وكيل للغائب والتي تدخل في أسباب الحجر سائلة الذكر . فيقف سريان التقادم ، إلى أن تنهيا لصاحب الحق أسباب العودة لمباشرة أعماله . وتقرير ما إذا كان هذا المانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه مسألة واقع ، ترك لتقدير قاضي الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض (٢) .

وقد يكون المانع من أن يطالب صاحب الحق بحقه هي العلاقة القائمة بينه وبين الحائز للعين . فالعلاقة ما بين الزوجين مانع أدبي لأي منهما من أن يطالب الآخر بحقه ، وإلا تمكر صفو السلام في الأسرة . فوجب وقف سريان التقادم ما دامت علاقة الزوجية قائمة ، ويعود التقادم إلى السريان بمجرد أن تنقضي عرى الزوجية لموت أو طلاق أو غير ذلك (٣) . والعلاقة ما بين الأصول والفروع

(١) انظر في هذه المسألة الوسيط ٣ فقرة ٦٢٤ ص ١٠٧٩ - ص ١٠٨٠ .

(٢) أما إفلاس صاحب الحق فليس سبباً لوقف التقادم ، وعلى السندك أن يقطع التقادم (استئناف محتلط ٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٧٣) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض في عهد التقنين المدني السابق بأن اعتبار علاقة الزوجية مانعة من المطالبة بالحق أو غير مانعة من الأمور الموضوعية التي تختلف في الدعاوى بحسب ظروفها ، والقضاء فيها لا يخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢١ ص ٤٧) . أما في التقنين المدني الجديد ، حيث النص صريح في وقف سريان التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً فالواجب أن تكون علامة الزوجية في الأصل مانعاً أدبياً من سريان التقادم . على أنه قد يقع أن يفصل الزوجان ، ويقوم الشقاق بينهما مع بقاء الزوجية قائمة ، فلا يعود هناك محل للخشية من تمكر صفو السلام في الأسرة بعد أن تمكر فلا ، لاسيما إذا كانت هناك قضايا مرفوعة بين الزوجين . في هذه الحالة يمكن القول بأن سبب وقف التقادم قد زال ، وهذه مسألة في واقع لا معقب فيها على تقدير قاضي الموضوع (الوسيط ٣ فقرة ٦٢٤ ص ١٠٨١ =

هى أيضا مانع أدبى . وقد يكون مانعا أدبيا علاقة القرابة أيا كانت ، مادامت علاقة وثيقة وأقرنت بملاسات تؤكد معنى المنع ، كالعلاقة ما بين الأشقاء ، وعلاقة الأعمام والأخوال بأولاد الأخ أو أولاد الأخت ، وهذه مسألة واقع يقدرها قاضى الموضوع . والعلاقة ما بين الأصيل والنائب مانع يقف سريان التقادم ، وقد ورد نص صريح فى هذا المعنى فى المادة ١/٣٨٢ مدنى كما رأينا (١) . ويدخل فى ذلك العلاقة ما بين الموكل والوكيل ما دامت الوكالة قائمة ، وذلك فى حدود أعمال الوكالة . كما تدخل العلاقة ما بين الولى أو الوصى أو القيم بالمحجور ما دام الحجر قائما . وكذلك تدخل العلاقة ما بين الشخص المعنوى والمدير ، ما دامت صفة الإدارة قائمة (٢) .

ويقف سريان التقادم فى جميع الموانع التى قدمناها ، أيا كانت مدة التقادم : خمس عشرة سنة أو خمس سنوات .

٣٩٢- أسباب وقف التقادم التى ترجع إلى ظروف مادية اضطرابية :

وقد يرجع المانع ، لا إلى اعتبار يتعلق بالشخص ، بل إلى ظرف مادى اضطرابى يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه . فيقف سريان التقادم أيا كانت مدته ، خمس عشرة سنة أو خمس سنوات .

من ذلك قيام حرب مفاجئة ، أو نشوب فتنة ، أو إعلان حالة الطوارئ ، إذا كان شئ من هذا قد منع المحاكم من مباشرة أعمالها فلا يتمكن صاحب الحق من المطالبة قضائيا بحقه .

ومن ذلك أيضا انقطاع المواصلات بحيث لا يتمكن صاحب الحق من اتخاذ الإجراءات اللازمة للمطالبة بحقه ، فيقف سريان التقادم لهذا المانع .

== هاشم (٢) . أنظر فى أن قيام الزوجية ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، كان سببا لوقف التقادم : استئناف مصر ٩ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٤٥ ص ٨٨ - وفى أنها لم تكن سببا لوقف التقادم فى عهد هذا التقنين : استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص ٦٩٠ .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٨٨ .

(٢) ولا تعتبر علاقة الموظف بالحكومة مانعا أدبيا من شأنه وقف التقادم (محكمة القضاء الإدارى ٣٠ مايو سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٥ رقم ٩١٥ ص ١٧٣٩) - وانظر كل ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٢٤ هـ .

والمسألة موكولة إلى تقدير قاضى الموضوع ، ولا معقب على هذا التقدير من محكمة النقض .

ومن ذلك أخيراً جهل صاحب الحق بوجود حقه من غير تقصير منه ، فيكون ذلك مانعاً يقف سريان التقادم^(١) . وقد قضت محكمة النقض بأن الجهل باغتصاب الحق قد يكون من الأسباب الموقفة للتقادم ، إذا لم يكن ناشئاً عن إهمال صاحب الحق ولا تقصيره ، فإذا كان الحكم قد نفي عن صاحب الحق كل إهمال أو تقصير من جانبه فى جهله باغتصاب ملكه ، فإنه لا يكون مخطئاً إذ اعتبر مدة التقادم لا تختبئ فى حقه إلا من تاريخ علمه بوقوع الغصب على ملكه^(٢) .

٣٩٣- المؤثر الذى يترتب على وقف التقادم : ومتى وقف سريان التقادم بسبب أو لآخر من الأسباب التى تقدم ذكرها ، فإن المدة التى وقف سريان التقادم فى خلالها لا تحسب ضمن مدة التقادم ، وتحسب المدة السابقة والمدة اللاحقة .

فلو أن شخصاً وضع يده على عين مملوكة للغير ، وبقي واضحاً يده عشر

(١) استئناف محتل ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٢ - نقض فرنسى ١١ يونيو سنة ١٩١٨ سيرة ١٩٢٢ - ١ - ٢١٧ - ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ جازيت دى باليه ١٩٤١ - ٢٣٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٣ - بلانيول وريبير بولانييه ١ فقرة ٣٢١٣ - أنيكولويدي دالوز ٤ لفظ prescription civile فقرة ٢٢٥ - وقارن أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٤ هاش ٣٣ - بودرى وتيسيه فقرة ٣٧١ - محمد عل عرفة ٢ فقرة ١٥١ ص ٢٨٢ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٣٩٤ ص ٦٠٢ .

(٢) نقض مدنى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمره دقم ٣٠٣ ص ٦٠٢ - وانظر الوسيط ٣ فقرة ٦٢٥ - ويلاحظ هنا أن التقادم قد وقف قبل أن يبدأ سريانه فهو بمثابة تأخير لسريان التقادم (الوسيط ٣ فقرة ٦٢٥ ص ١٠٨٣ هاش ٢) - ونرى من ذلك أنه لا يشترط فى المانع ما يشترط فى القوة القاهرة ، ويكفى المانع أن يقوم دون أن يكون مصدره خطأ صاحب الحق حتى يقف سريان التقادم ، وعلى هذا الأساس اعتبر جهل صاحب الحق بوجود حقه من غير تقصير منه مانعاً يقف التقادم ، وقد لا يكون هذا الجهل قوة القاهرة بالمعنى النقيض . ومن ثم يحسن فصل الفكرتين - المانع والقوة القاهرة - إحداهما عن الأخرى . والأمر فى تقدير المانع يترك لقاضى الموضوع ، ولا معقب عليه من محكمة النقض (الوسيط ٣ فقرة ٦٢٥ ص ١٠٨٣ هاش ٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٦ ص ٤٠٩) .

سنوات ، ثم مات المالك وورثه قاصر لم يعين له وصي إلا بعد سنتين من موت المورث ، فإن التقادم يقف سريانه مدة هاتين السنتين . ونحسب المدة التي سبقت السنتين وهي عشر سنوات ، فيبقى للقاصر من وقت تعيين وصي له خمس سنوات يقطع فيها التقادم . فإذا انقضت خمس سنوات من وقت تعيين الوصي دون أن يقطع التقادم ، اكتمل للحائز مدة خمس عشرة سنة بتملكه بانقضاءها العين بالتقادم المكسب الطويل ، بعد أن يكون قد وضع يده على العين سبع عشرة سنة منها ستان وقف فيهما سريان التقادم (١) .

ب - انقطاع التقادم

(Interruption de la prescription)

٣٩٤ - أسباب انقطاع التقادم المكسب : رأينا (٢) أن المادة ٩٧٣ مدني

تقضي بأن تسرى قواعد التقادم المسقط على المكسب فيما يتعلق بانقطاع التقادم ، وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب . وقد ورد في التقادم المسقط أن هذا التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية (م ٣٨٣ مدني) ، كما ينقطع باقرار المدين بحق الدائن (م ٣٨٤ مدني) (٣) . وهذان السببان لانقطاع التقادم المسقط ينطبقان على التقادم المكسب ، فينقطع

(١) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦٢٦ - وقد قضت محكمة النقض بأن القاعده الصحيحه في احتساب مدة التقادم ألا تحسب المدة التي وقف سيره في خلالها ضمن مدة التقادم ، وإنما تحسب المدة السابقة على الوقف مطلقه حتى يزول سبب الوقف ، فإذا زال يعود سريان المدة وتضاف المدة السابقة إلى المدة اللاحقة (نقض مدني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٦٤ بمجموعة أحكام لنقض ١٥ رقم ١٥٦ ص ١٠٥٠) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٦

(٣) أما المادة ٣٨٥ مدني ، وهي متعلقة أيضاً بانقطاع التقادم المسقط ، فنص على أنه ١٥ - إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد ، يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون مدته هي مدة التقادم الأول . ٢ - على أنه إذا حكم بالدين وحل الحكم قوة الأمر المقضي ، أو كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه باقرار المدين ، كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة ، إلا أن يكون الدين المحكوم به متضمناً لالتزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم . وسنبين فيما يتعلق بكل سبب من أسباب انقطاع التقادم المكسب الأثر الذي يترتب عليه ، فلا تطبق من أحكام المادة ٣٨٥ سائفة للذكر إلا ما ينطبق مع طبيعة التقادم المكسب .

هذا التقادم بالمطالبة القضائية وباقرار الحائز بحق المالك . ويضاف إلى هذين السببين سبب ثالث خاص بالتقادم المكسب لأن طبيعة هذا السبب تستمعى على التقادم المسقط ، وهو انقطاع التقادم المكسب إذا تخلى الحائز عن الحيازة أو فقدها ولو بفعل الغير (م ٩٧٥ ملئى) .

ويمكن تقسيم هذه الأسباب الثلاثة لانقطاع التقادم المكسب إلى أسباب تصدر من الحائز وهى إقرار الحائز بحق المالك وتخليه عن الحيازة أو فقده لإياها ، وأسباب تصدر من المالك وتقتصر على المطالبة القضائية الصادرة من المالك . كذلك يمكن تقسيم أسباب انقطاع التقادم المكسب إلى أسباب انقطاع مدنية (interruption civile) وهى المطالبة القضائية وإقرار الحائز بحق المالك ، وأسباب انقطاع طبيعية (interruption naturelle) وتقتصر على تخلى الحائز عن الحيازة أو فقده لإياها . ونستعرض أسباب انقطاع التقادم المكسب الثلاث ، دون نظر إلى تقسيمها ، فنبحث انقطاع التقادم بالمطالبة القضائية ، وانقطاعه باقرار الحائز بحق المالك ، وانقطاعه بتخلى الحائز عن الحيازة أو فقده لإياها (١) .

٣٩٥ - السبب الأول لانقطاع التقادم المكسب - المطالبة القضائية :

تنص المادة ٣٨٣ ملئى فيما يتعلق بالتقادم المسقط على أن « ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة ، وبالتنبيه ، وبال حجز ، وبالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس أو فى توزيع ، وبأى عمل يقوم به الدائن التمسك بحقه فى إحدى الدعاوى (٢) . ولا يكاد ينطبق من هذا

(١) والفرق بين انقطاع التقادم ووقفه أن فى وقف التقادم لا تحسب المدة التى وقف فى خلالها ولكن تحسب المدة السابقة والمدة اللاحقة كما سبق القول ، أما فى انقطاع التقادم فنرى أنه لا تحسب المدة التى انقطع فيها التقادم ولا المدة التى سبقت الانقطاع ، ولا تحسب إلا المدة التى تلت زوال أثر الانقطاع إذا كان هناك عمل لبدء تقادم جديد . وتنص المادة ٢٦٣ من قانون الملكية العقارية الجنائى على أنه « إذا انقطع مرور الزمن ، فلا تحسب مدة وضع اليد السابقة لإشغال العقار » .

(٢) أنظر فى تاريخ هذا النص وفيما يقابله فى التقنين المدنى السابق وفى التقنينات المعنية العربية الأخرى الوسيط ٣ فقرة ٦٢٨ - وقد ورد فى قانون الملكية العقارية الجنائى نص خاص بقطع التقادم المكسب بالمطالبة القضائية ، فنصت المادة ٢٦٥ من هذا القانون على أن « ينقطع مرور الزمن أيضاً إذا طالب صاحب العقار بحقه بدعوى قضائية ، بشرط ألا يكون قد ترك دعواه تسقط » .

النص على التقادم المكسب إلا المطالبة القضائية . أما التنييه (١) والحجز (٢) والطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تغليس أو فى توزيع ، فيفترض كل ذلك دائناً يطالب بدين له ، فلا ينطبق إلا على التقادم المسقط .

وعلى ذلك ينقطع التقادم المكسب بمطالبة صاحب الحق بحقه مطالبة قضائية (demande judiciaire) ، أى بإقامة دعوى بحقه

(١) وقد يتصور أن يكون التنييه (commandement) قاطعاً للتقادم المكسب فيما إذا كان المالك بيده ورقة رسمية تطليه الحق فى تسلم العقار من الحائز فيستطيع أن ينبه على الحائز بموجب هذه الورقة تنييهاً رسمياً أن يسلمه إياه ، فيقطع التقادم بهذا التنييه . كما يجوز أن المالك يرفع دعوى استحقاق على الحائز فيقطع التقادم بهذه الدعوى ، ويحصل على حكم بالاستحقاق فيبدأ سريان تقادم جديد من وقت صدور هذا الحكم . ويعمد المالك بعد ذلك إلى التنييه على الحائز بموجب الحكم تهيئاً للتنفيذ ، فيقطع التقادم الجديد بهذا التنييه (يودرى وتيسيه فقرة ٥١٢ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٦٣ ص ٢٦٤ - شفيق شحاتة فقرة ٢٩٢ ص ٢٩٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٧ ص ٤١٣) . وقد كان التقنين الملقى السابق ينص صراحة على أن التنييه يقطع التقادم المكسب ، فكانت المادة ١١٠/٨٢ من هذا التقنين تنص على أن « تنقطع المدة المقررة لتسلك بوضع اليد إذا ارتفعت اليد ولو بفعل أجنبى . وتنقطع المدة المذكورة أيضاً إذا طلب المالك الاسترداد بأن كلف واضع اليد بالحضور للمرافعة أمام المحكمة أوفيه عليه بالرد تنييهاً رسمياً مستوفياً لشروط اللازمة ولولم يستوف المدعى دعواه ، إنما يشترط فى ذلك عدم سقوط الدعوى بمضى الزمن » . وإذا قطع المالك التقادم بالتنييه على الوجه سالف الذكر ، فإن تقادماً جديداً يسرى فوراً عقب التنييه (الوسط ٣ فقرة ٦٣٧ ص ١١١٧) .

أما تنييه نزع الملكية وما يتبعه من إجراءات نزع الملكية فهى إجراءات موجهة من الدائن قبل مدته ، وأثرها الوحيد هو قطع المدة المسقطه للدين ، ولا تأثير لها على ما يكون واضعاً يده على العقار المتزوع ملكيته وسائراً فى طريق تملكه بمضى المدة ، فإن مدة وضع يده المكسبة للملك لا يقطعها إلا رفع دعوى الملكية عليه من المالك الحقيقي (استئناف مصر ١٠ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٧١ ص ١٧٠) .

(٢) ويتصور بعض الفقهاء جواز قطع التقادم المكسب بالحجز إذا وقع المالك حيزاً ضد الحائز الوفاء بالمبالغ المحكوم بها الواردة فى الحكم الذى يقضى بالاستحقاق (محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٦٩ ص ٢٩٢ - شفيق شحاتة فقرة ٢٩٢ ص ٢٩٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٧ ص ٤١٤) . ويبدو أن توقيع الحجز فى هذا الغرض إنما يقطع التقادم المسقط بالنسبة إلى المبالغ المحكوم بها ، أما إذا بدأ الحائز تقادماً مكسباً جديداً بالنسبة إلى العين المحكوم باستحقاقها ، فإن الحجز لا صلة له بهذا التقادم الجديد ، والظاهر أنه لا يقطعه .

(citation en justice) (١) . فلا بد إذن أن يصل صاحب الحق ، حتى يقطع التقادم ، إلى حد المطالبة القضائية ، فلا تكن المطالبة الودية ولو بكتاب مسجل أو بإنذار رسمي على يد محضر (sommation) (٢) .

ولا يكفي لقطع التقادم مجرد اتخاذ إجراءات تحفظية ، كطلب وضع العين تحت الحراسة (٣) . كذلك لا يكفي لقطع التقادم المطالبة القضائية أمام قاضي الأمور المستعجلة ، لأن القضاء المستعجل غير مختص إلا بإجراءات وقتية عاجلة لا تمس موضوع الحق ، ويترتب على ذلك أن دعوى إثبات الحالة لا تقطع التقادم (٤) . ولكن إذا تضمنت المطالبة القضائية أمام القضاء المستعجل ، عن خطأ ، طلبات في موضوع الحق ، أمكن اعتبار المطالبة القضائية في هذه الحالة مطالبة بموضوع الحق أمام محكمة غير مختصة فتقطع التقادم (٥) ولا يكفي أيضا لقطع التقادم طلب المعافاة من الرسوم القضائية ، ولو انتهى

(١) ويعتبر مطالبة قضائية المطالبة بطريق الدفع ، والطلبات المارسة ، ودعاوى المدعى عليه ، والتدخل في الخصومة (أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٧٣ - ص ٤٧٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٧ ص ٧٢٨) . وتقول المادة ٣٨٣ مدني في هذا المعنى كما رأينا : « وبأى عمل يقوم به الدائن لتسك بحقه في إحدى الدعاوى » . أنظر نقض مدني ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٢٤ ص ١٨٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٩٩ ص ٦١٢ .

(٢) نقض مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥١ رقم ٣٩ - استئناف وطني ٣ مارس سنة ١٩٥٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ٢٦ ص ٥٧ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٤٠ ص ٦١ - ١٨ أبريل سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٤١ ص ٧٢ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ٦ رقم ٢٩٩ ص ٤٢٥ .

(٣) استئناف وطني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٢٣٠ ص ١٨٤ - محمد كامل موسى ٤ فقرة ٢٥٤ - فقرة ٢٥٥ .

(٤) بيني سوييف ٢ يوفيه سنة ١٩١٤ الحقوق ٣١ ص ١٩ .

(٥) نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٣٤ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٤ ص ٤٢٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٩ - مارت وريبنو فقرة ١٩١ ص ٢٠٥ هامش ٢ - أنيسكلويدي دالوز ٤ لفظ prescription civile فقرة ١٥١ .

الأمر إلى قبول الطلب ، فإن هذا لا يعتبر مطالبة قضائية بالحق ذاته (١) كذلك لا يمكن لقطع التقادم التظلم المرفوع إلى سلطة إدارية ، فإن هذا التظلم لا يعتبر مطالبة قضائية .

فالواجب إذن ، لقطع التقادم ، أن يطالب المالك الحائر بملكية العين مطالبة قضائية ، أى أن يرفع عليه دعوى الاستحقاق (٢) . وتصدر المطالبة القضائية من المالك ، أو من نائبه كوكيل أو ولى أو وصى أو قيم أو دائن للمالك يستعمل حقوق مدينه . ولما كان قطع التقادم لا يقضى أهلية التقاضى بل تكفى فيه أهلية مباشرة الإجراءات التحفظية ، لذلك يجوز للقاصر ولمن تتوافر فيه أهلية الإدارة أن يقوم بالمطالبة القضائية التى تقطع التقادم . فتصح المطالبة القضائية فى هذه الحالة من حيث أثرها فى قطع التقادم ولكن يجب للاستمرار فى التقاضى من التوافر على أهلية التقاضى ، ومن ثم يجب أن يتدخل فى الدعوى الولى أو الوصى أو القيم لتصحيح الاجراءات ولاستبقائها قائمة (٣) . وتوجه المطالبة إلى الحائر الذى ينتفع بالتقادم أو إلى من ينوب عنه ، فلو وجهت إلى

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجب على الحكم ألا يمد طلب الإيفاء من الرسوم قاطعاً للمدة ، ولو كان الفصل فيه قد تأخر أمام اللجنة حتى فانت مدة التقادم ولم ينسئ لذلك رفع الدعوى فى الوقت المناسب ، فإن صاحب الحق ، وهو المطالب بالمحافظة عليه ، قد كان عليه أن يبادر بتقديم طلبه حتى لا يفوت عليه الوقت (نقض مدنى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٧ ص ١٠) - وانظر استئناف مصر ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٩٠ ص ٩٨٣ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢١٨ ص ٤١٨ - ١٣ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٧٦ ص ٢٣٨ .

(٢) ويطلبه بالعين ذاتها ، وقد قضت محكمة النقض بأن صحيفة الدعوى المرفوعة بحق مالا تعتبر قاطعة لتقادم إلا فى خصوص هذا الحق أو ما التحق به من توابيه ، مما يجب لزوماً بوجوبه أو يسقط كذلك بسقوطه . فإن تغاير الحقان أو تغاير مصدرهما ، فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعاً لمدة التقادم بالنسبة إلى الحق الآخر (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥١ رقم ٤١) .

وتعتبر الدعوى المزفوعة أمام محكمة قاطعة لتقادم ، ويعود التقادم إلى السريان عند انتهاء مأمورية المحكمين (بودرى وتيسيه فقرة ٥١١) .

(٣) ويجوز لمن له حق إدارة الشركة أن يرفع الدعوى قبل الحصول على الإذن الواجب من مجلس الإدارة ، فيقطع التقادم ، ثم يحصل بعد ذلك على الإذن الواجب للاستمرار فى الدعوى وتصحيح الإجراءات (بودرى وتيسيه فقرة ٤٨٤) .

مستأجر منه ليست له صفة في تمثيله فإنها لا تقطع التقادم^(١) . ويرفع المالك دعوى الاستحقاق على الحائز لقطع التقادم طبقاً لأحكام المادة ٧٥ مرافعات المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ . وتنص هذه المادة على أنه « على المدعى أن يقدم لقدم كتاب المحكمة وقت تقديم صحيفة دعواه صوراً منها بقدر عدد المدعى عليهم وصوره لقدم الكتاب . ويقيد قلم الكتاب الدعوى في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك ، بعد أن يثبت تاريخ الجلسة المحددة لنظرها في أصل الصحيفة وصورها ، ثم يعيدها إلى المدعى ليتولى تسليمها إلى قلم المحضرين لإعلانها . وتعتبر الدعوى قاطعة للتقادم أو السقوط من وقت تقديم صحيفة إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملاً ، أما باقي الآثار التي ترتب على رفع الدعوى فلا تسرى إلا من وقت إعلان المدعى عليه بصحيفتها . فتعتبر دعوى الاستحقاق إذن قاطعة للتقادم المكسب من وقت تقديم صحيفة إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملاً ، ولو أن المدعى عليه الحائز للعين لم يعلن بعد بصحيفة الدعوى^(٢) .

٣٩٦ - رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة : وقد جاء في صدر المادة ٣٨٣ مدني ، كما رأينا^(٣) ، أنه « ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة » . فإذا أخطأ المالك ورفع الدعوى على الحائز أمام محكمة غير مختصة ، فإن المطالبة القضائية تقطع التقادم بالرغم من عدم

(١) ولا يعتبر البائع مثلاً للمشتري في الدعوى اللاحقة للتاريخ الثابت لمقد البيع (نقض مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩) . وتوجه الدعوى في الوقت إلى ناظره (نقض مدني ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٧ ص ٧٣٩) .

(٢) وفي المشروع الجديد لتقنين المرافعات تنص المادة ١/٦٣ منه على أن « ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ، مالم ينص القانون على غير ذلك » . فالأصل إذن ، طبقاً للمشروع تقنين المرافعات ، أن الدعوى تعتبر مرفوعة ، وتقطع التقادم ، من وقت إيداع صحيفة قلم كتاب المحكمة ، أي قبل تقديم صحيفة الدعوى إلى قلم المحضرين . وعلى المدعى عند تقديم صحيفة دعواه إلى قلم كتاب المحكمة أن يؤدي الرسم كاملاً (م ١/٦٥ مشروع تقنين المرافعات) ، ويقيد قلم الكتاب الدعوى في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك ، وعليه في اليوم التالي على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إلى قلم الكتاب (م ٦٧ مشروع تقنين المرافعات) .

وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٢٩ ص ١٠٩٠ - ص ١٠٩٤ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٩٥ .

اختصاص المحكمة (١) . وذلك لسببين : (أولهما) أن القواعد التي يقوم عليها اختصاص المحاكم قد تكون معقدة في بعض الأحوال ، فيلتبس الأمر على المالك ويرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة ، فرفع الدعوى يكفى لقطع التقادم بالرغم من عدم اختصاص المحكمة . ويفرض القانون أن المالك لم يرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة إلا عن خطأ مغتفر ، إذ لا مصلحة له في تكبد المصروفات وإضاعة الوقت في رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة إلا إذا كان قد وقع في هذا الخطأ (٢) . (والسبب الثاني) أن المالك ، وقد رفع الدعوى على الحائز يطالبه بحقه ، قد أظهر بذلك نيته لتحقيقه في أنه يريد تقاضي هذا الحق قضائيا . ويستوى في ظهور هذه النية أن تكون الدعوى مرفوعة أمام محكمة مختصة أو أمام محكمة غير مختصة ، وهذه النية من جانب المالك هي الأصل في قطع التقادم .

ويستوى أن تكون المحكمة غير مختصة اختصاصا محليا أو غير مختصة اختصاصا نوعيا ، ففي الحالتين ينقطع التقادم . ويبدو أن رفع الدعوى إلى محكمة لا ولاية لها (défaut de juridiction) ، كرفع الدعوى أمام القضاء الإداري وهي من اختصاص القضاء العادي أو العكس ، يقطع التقادم لنفس السببين اللذين قدمناهما في رفع الدعوى إلى محكمة لا اختصاص لها ، فمسائل الولاية أشد تعقيدا في بعض الأحوال من مسائل الاختصاص ، ونية المالك في المطالبة بحقه قضائيا محققة (٣) .

(١) استئناف مخطوط ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٤ .

(٢) لذلك إذا كان المسمى حالاً بحقيقة الأمر أو كان عدم ولاية المحكمة أو عدم اختصاصها من الواضح بحيث لا يكون هناك أي محل للبحث فالظاهر أن التقادم لا ينقطع ، وقد قضت محكمة النقض بأن رفع الدعوى بالدين الحال به لأجنبي أمام المحكمة المخططة وحكم هذه المحكمة بعدم الاختصاص لأن الحوالة صورية لا يقطع التقادم إذا رفضت الدعوى أمام المحكمة الوطنية المختصة (نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٦ ص ٥٣٥) . وقضى بأن رفع الدعوى ابتداء إلى محكمة الاستئناف لا يقطع التقادم (استئناف مخطوط ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤٤) ، وبأن رفع دعوى الإرث أمام المحكمة الشرعية لا يقطع التقادم بالنسبة إلى الحائز لعين من أعيان الثروة (لمسوط الكلية ٢٣ سبتمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٢٨ ص ٢٥٨) .

(٣) استئناف وطني ٢٧ مايو سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٦٠ ص ١٣٥ - ٣٠ مارس سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ١١١ ص ٢٦٥ - وقرب نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٦ ص ٥٣٥ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٤٩ ص ٢٥٦ - عكس ذلك محمد علي عرق ٢ فقرة ١٥٥ ص ٢٨٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٩ ص ٦١٤ .

وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٢٩ ص ١٠٩٥ - ص ١٠٩٦ .

٣٩٧ - بطريرك صهيون الدعوى وترك الخصومة وسقوطها ورفضها

الدعوى : تنص المادة ٢٢٤٧ مدنى فرنسى على أنه : إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة لعب في الشكل ، أو ترك المدعى الخصومة ، أو جعلها تسقط بمضى المدة ، أو رفضت دعواه ، فإن انقطاع التقادم يعتبر كأن لم يكن . وليس في التفتين المدنى المصرى مقابل لهذا النص ، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيمكن الأخذ بأحكامه في مصر (١) .

فصحيفة الدعوى ، إذا كانت باطلة لعب في الشكل ، فليس لها وجود قانونى ، ولا يترتب عليها أى أثر ، ومن ثم لا تقطع التقادم (٢) .

كذلك إذا كان المالك ، بعد أن رفع الدعوى على الحائز فقطع التقادم ، ترك الخصومة بإعلان منه للحائز على يد محضر أو بتقرير منه في قلم الكتاب أو ببيان صريح في مذكرة موقع عليها منه أو من وكيله مع اطلاع خصمه عليها أو بإبدائه شفويًا بالجلسة وإثباته في المحضر (م ٣٠٨ مرافعات) ، مع ملاحظة قبول الحائز لترك المالك الخصومة إذا كان الحائز قد أبدى طلباته في الدعوى قبل صدور الترك من المالك (م ٣٠٩ مرافعات) ، فإنه يترتب على الترك إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك صحيفة الدعوى والحكم على التارك بالمصاريف ، ولكن لا يمس ذلك الحق المرفوعة به الدعوى (م ٣١٠ مرافعات). ويخلص من ذلك أنه إذا ترك الدائن الخصومة على النحو الذى قدمناه ، ترتب على هذا الترك إلغاء صحيفة الدعوى وإلغاء ما ترتب عليها من آثار ، ومن ذلك

(١) استئناف مخطط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٠٣ - ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٩ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٧ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٣ - ٢٢ مارس سنة ١٩٣٨ م ٤٠ ص ١٨٠ .

(٢) نقض مدنى ٧ يونيه سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١١٦ ص ٧٧٤ - استئناف مخطط ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٩ ص ١٠٥ - ٢٩ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٩٩ . ومع ذلك قارن استئناف مخطط ١٢ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٠٥ - وينتقد الفقه الفرنسى التنازع بين الحكم القاضى بأن المطالبة القضائية أمام محكمة غير مختصة تقطع التقادم والحكم القاضى بأن المطالبة القضائية الباطلة شكلاً لا تقطع التقادم ، مع أن البطلان في الحالة الأولى يرجع إلى المالك وفي الحالة الأخيرة قد يرجع المحضر (ماركايد م ٢٢٤٢ بقرة ٣ - لوران ٢٢ بقرة ٩٧ - جوار بقرة ٢٠٩ - بلانول وريير ويكار ٣ بقرة ٧٣١ ص ٧٢٩ - ص ٧٣٠ - وقارن بودرى ونهسه بقرة ٤٩٨ ص ٣٧٦) ،

انقطاع التقادم فيعتبر هذا الانقطاع كأن لم يكن . ويعتبر التقادم الذي كان قد بدأ سريانه مستمرا أبدا في السريان . فإذا كان التقادم وقت ترك الخصومة قد اكتمل ، فإن الحائز يكسب الحق بالتقادم المكسب . أما إذا كان التقادم لم يكتمل ، فإن ترك الخصومة لا يمس الحق الذي رفضت به الدعوى ، ولكن التقادم يستمر في سريانه إلى أن يكتمل فيكسب الحائز الحق ، أو إلى أن ينقطع بعمل آخر فيبدأ تقادم جديد^(١) .

وإذا قضى بسقوط الخصومة لانقضاء سنة من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي دون أن يسار في الدعوى بفعل المالك أو امتناعه ، وذلك وفقا للمواد ٣٠١ - ٣٠٣ مرافعات ، فإن الحكم يسقط الخصومة يترتب عليه إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك صحيفة الدعوى، ولكنه لا يسقط الحق في أصل الدعوى (م ٣٠٤ مرافعات) . ويخلص من ذلك أن الحكم بسقوط الخصومة يترتب عليه إلغاء صحيفة الدعوى بما يترتب عليها من الآثار ، ومن ذلك قطع التقادم . فيعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن ، وأن التقادم لا يزال ساريا منذ البداية . فإن كان قد اكتمل وقت الحكم بسقوط الخصومة كسب الحائز الحق ، وإن كان لم يكتمل فإن الحكم بسقوط الخصومة لا يسقط الحق نفسه ، ولكن التقادم يستمر في سريانه إلى أن يكتمل فيكسب الحائز الحق ، أو إلى أن ينقطع بعمل آخر فيبدأ تقادم جديد . فإذا وقف السبر في الدعوى أكثر من سنة ولم يطلب ذور الشأن من الخصوم الحكم بسقوط الخصومة ، انقضت الخصومة في جميع الأحوال بمضي خمس سنوات على آخر إجراء صحيح (م ٣٠٧ مرافعات) . وانقضاء الخصومة يقع بحكم القانون ، بمجرد انقضاء خمس السنوات ، دون حاجة إلى صدور حكم بذلك . ومتى انقضت الخصومة على هذا النحو ، فقد ألغيت جميع إجراءاتها ، وألغيت صحيفة الدعوى وما ترتب عليها من الآثار ، ويدخل في ذلك انقطاع التقادم . فيعتبر هذا الانقطاع كأن لم يكن ، وأن التقادم لا يزال ساريا منذ البداية . فإذا كان

(١) حل أن ترك الخصومة ، إذا كان سببه رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة ، لا يكون من شأنه أن يملأ الأثر الذي ترتب على صحيفة الدعوى من قطع التقادم ، فقد تقدم القول إن المطالبة القضائية تقطع التقادم ولو رفضت الدعوى أمام محكمة غير مختصة (الوسيط ٢ فقرة ٩٢٩ ص ١٠٩٨) .

قد اكتمل وقت انقضاء الخصومة ، فقد كسب الحائز الحق بالتقادم المكسب . وإن كان لم يكتمل استمر في السريان إلى أن يكتمل فيكسب الحائز الحق ، أو إلى أن ينقطع بعمل آخر فيبدأ تقادم جديد .

بقي الفرض الأخير ، وهو زوال انقطاع التقادم برفض الدعوى . وقد يقال ما دام المدعى قد رفضت دعواه ، فهو لا يستطيع رفعها من جديد ، وإلا دفعها الحائز ، لا باكتمال التقادم بعد أن زال ما أصابه من انقطاع ، ولكن بقوة الأمر المقتضى . فلا حاجة إذن للبحث في زوال انقطاع التقادم واحتمال تكامله بعد هذا الزوال . ولكن الفقه الفرنسي يجيب على ذلك بأن هناك أحوالا يفيد فيها القول بأن التقادم قد زال انقطاعه ، وأنه مستمر في سريانه منذ البداية . ويتحقق ذلك فيما إذا رفع المالك الدعوى على الحائز فقطع التقادم ، ثم رفضت دعواه لسبب لا يرجع إلى موضوع الحق . فقد ترفض دعواه مثلا بالحالة التي هي عليها ، فيستطيع رفعها من جديد بعد أن يستوفى الشروط التي كانت غير متوافرة . فإذا رفعت الدعوى الجديدة ، لم يستطع الحائز أن يدفعها بقوة الأمر المقتضى ، ولكن له أن يدفعها بالتقادم إذا كان قد اكتمل . ولا يستطيع المالك أن يعترض على ذلك بأن التقادم قد انقطع برفع الدعوى الأولى ، فإن الدعوى الأولى بعد أن رفضت قد زال أثرها في قطع انتقام^(١) .

٣٩٨ - ما يترتب على انقطاع التقادم المكسب بالمطالبة القضائية : وإذا

انقطع التقادم المكسب بالمطالبة القضائية ، بقي أثر الانقطاع قائما ما دامت الدعوى قائمة . فإذا انتهت بحكم نهائي يقضى للمالك بطلباته ، واسترد المالك

(١) بودرى ونيسيه فقرة ٥٠٥ - وانظر فيما تقدم الوسيط ٢ فقرة ٦٢٩ ص ١٠٩٦

- ص ١١٠٠ .

وقد يقضى بطلب الدعوى عملا بأحكام قانون المرافعات القديم ، وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأنه إذا كان قد قضى بطلب دعوى في ٢٠ من أكتوبر سنة ١٩٤٥ ، فإن هذا القرار لا يترتب عليه إعمال الفقرة الثانية من المادة ٩١ مرافعات جديد باحتبار الدعوى كأن لم تكن لبقائها مشطوبة سنة ٢٠ أشهر دون أن يطلب المدعى السبر فيها ، وذلك لصور هذا القرار في ظل قانون المرافعات القديم المعمول به حتى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، مما يترتب عليه أن تظل الدعوى متجة لكافة آثارها المتعلقة بقطع التقادم بالرغم من شطبها مادام أنه لم يتخذ بشأنها إجراءات سقوط الخصومة التي كان معمولا بها في ذلك القانون (نقض مدني ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ ص ٧٥٦) .

العين ، ولكن الحائز عاد إلى حيازتها مدة أخرى بنية تملكها ، بدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة ، ولو كان التقادم الأول مدته خمس سنوات لأن ، الحائز أصبح مئى النية . وكذلك يبدأ تقادم جديد ولو لم يسترد المالك العين وبقيت في يد الحائز ، واستمر هذا في حيازتها بنية تملكها (١) . أما إذا انتهت الدعوى برفض طلبات المالك (٢) ، أو بترك المالك للخصومة ، أو بسقوط الخصومة بسنة أو بخمس سنوات ، فقد قلنا (٣) أن هذا يترتب عليه إلغاء صحيفة الدعوى بما أحدثته من الآثار ومنها قطع التقادم ، فيعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن ، وأن التقادم لا يزال سارياً منذ البداية . وقد تنهى الدعوى ، إذا رفضت على حكمة غير مختصة ، بحكم نهائي بعدم الاختصاص . وفي هذه الحالة تبقى صحيفة الدعوى حافظة لأثرها من قطع التقادم ، ويظل التقادم متقطعاً طوال المدة التي تستغرقها الدعوى المقامة ، ثم يسرى من يوم صدور الحكم النهائي بعدم الاختصاص تقادم جديد له صفات التقادم الذي قطع ومدته ، ويكون خاصاً لنفس القواعد التي تسرى عليه (٤) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الواقع أن مصلحة الأملاك أضافت دعوى سنة ١٩٢٦ ضد الطاعن بطلب تثبيت ملكيتها إلى قدر معين من الأطنان قضى فيها ابتدائياً برفضها ، ولما استأنفت قضى في ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ بإلغاء الحكم المستأنف بتثبيت ملكيتها للقدر الذي تلميه ، ورفع الطاعن التماساً . عن هذا الحكم قضى فيه بتاريخ ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ بعدم قبوله ، وقد ظل واضحاً يده على هذه الأطنان ولم تنفذ مصلحة الأملاك الحكم الصادر لها ، حتى أقام الطاعن دعواه الماثلة على المظنون عليها في ٩ فبراير سنة ١٩٤٧ بطلب تثبيت ملكيته لهذا القدر المقضى فيه لمصلحة الأملاك ، مؤسلاً دعواه على اكتمال تقادم جديد إثر صدور حكم محكمة الاستئناف في ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ ، فإن هذا التقادم لا ينقطع إلا بعمل جازم من قبل مصلحة الأملاك التي يسرى التقادم ضدها . وإذا كان التماس مرفوعاً من الطاعن فإنه لا يكون له أثر من قطع هذا التقادم ، ومن ثم فإن الحكم المظنون فيه إذ قضى على خلاف هذا النظر يكون قد أسخط في تطبيق القانون (نقض مدني ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام للنقض ١٥ رقم ٨٠ ص ٥٢٨) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الدعوى إذا رفضت يزول أثرها في قطع التقادم ، فيعتبر الانقطاع كأن لم يكن والتقادم الذي كان قد بدأ قبل رفضها مستمراً في الريان (نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام للنقض ١٣ رقم ٧٨ ص ٥٠٦) . وانظر نقض مدني ٢٣ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام للنقض ١٤ رقم ١٠٤ ص ٧٣٦ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٩٧ .

(٤) نقض مدني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٨ ص ١٣ - وانظر فيما تقدم بودري ونهسيه فقرة ٥٤٢ - بلانول وريير ويكار ٣ فقرة ٧٣٢ ص ٧٣١ - الوسيط ٣ فقرة ٦٢٢ ص ١١٦ - ص ١١١٧ .

ولا يتعدى أثر انقطاع التقادم المالك الذى قطع التقادم . فإذا كانت أرض شائعة بين عدة ملاك ، وقطع أحدهم التقادم برفع الدعوى على الحائز ، لم ينقطع التقادم بالنسبة إلى الملاك في الشيوع الآخرين ، بل يقتصر أثر قطع التقادم على المالك في الشيوع الذى قطع التقادم . وإذا حاز أرضاً عدة حائزين على الشيوع ، فقطع المالك التقادم بالنسبة إلى أحدهم برفع الدعوى عليه ، فإن التقادم لا ينقطع بالنسبة إلى الحائزين الآخرين^(١) .

كذلك لا يتناول انقطاع التقادم إلا الحق الذى قطع فيه التقادم ، فلا يتناول أثر الانقطاع غيره من الحقوق . فإذا كان للمالك أرض حازها شخص بنية تملكها ، وحاز شخص آخر حق ارتفاق عليها ، وقطع المالك التقادم بالنسبة إلى حق الملكية فإنه لا ينقطع بالنسبة إلى حق الارتفاق ، أو قطع التقادم بالنسبة إلى حق الارتفاق فإنه لا ينقطع بالنسبة إلى حق الملكية^(٢) .

٣٩٩ - السبب الثاني لانقطاع التقادم المكسب - إقرار الحائز بحسب

الملاك : تنص المادة ٣٨٤ مدنى على أن ١ - ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمنياً . ٢ - ويعتبر إقراراً ضمنياً أن يترك المدين تحت

(١) أوبرى وروفرقرة ٢١٥ وعامش ٦٠ - بودرى ونيسيه فقرة ٥٥٦ - بلاليلوربير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٢ و٧٣٢ - ولكن رفع الدعوى على الوقف يقطع التقادم ولو تقرر لآخر الوقف الذى رفضت في مواجهته الدعوى فيسرى انقطاع التقادم على النظار المتعاقبين ، لأن كلامهم إنما يمثل الوقف نفسه (نقض مدنى ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٧ ص ٧٣٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن صيغة الدعوى المرفوعة بحق مالك لا تعتبر قاطعة للتقادم إلا في خصوص هذا الحق وما التحق به من توابه مما يجب لزوماً وجوباً أو يسقط كذلك بسقوطه ، فإن تناهى الحقان أو تغير مصدرهما ، فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعاً لمدة التقادم بالنسبة إلى الحق الآخر (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٣٤) . وقضت أيضاً بأن دعوى الضمان التى يرفعها المشتري على البائع هي غير دعوى الاستحقاق التى يرفعها البائع على المتعرض ، فرفع إحدى الدعويتين لا يقطع التقادم بالنسبة إلى الدعوى الأخرى (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩ - ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ الحامدة ٢٠ رقم ٢٣ ص ٥٣) . وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٧٨ ص ٥٠٦ .

وتحديد ما المطالبة القضائية من أثر في قطع التقادم وما يشترط في هذه المطالبة حتى تقطع التقادم ، كل ذلك من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٣٤) .

يد الدائن مالا موهونا رهنًا حيازيا تأمينًا لوفاء الدين . ولا ينطبق من هذا النص على التقدم المكسب إلا الفقرة الأولى ، أما الفقرة الثانية فيقتصر تطبيقها على التقدم المسقط .

وعلى ذلك ينقطع التقدم المكسب بإقرار الحائز بحق المالك ، فإذا مضت مدة على حيازة الحائز دون أن يتكامل التقدم ، ثم أقر الحائز أن العين ملك لصاحبها ، فإنه يكون بهذا الإقرار قد نزل عما انقضى من مدة الحيازة . ولما كان النزول عن مدة التقدم كلها يعد تكاملاً جائزاً ، فأولى أن يجوز النزول عن بعض مدة التقدم بعد انقضائها . ويؤدي ذلك إلى انقطاع التقدم الذي كان ساريًا وعدم الاعتداد بالمدة التي انقضت ، وابتداء تقدم جديد من وقت صدور الإقرار . وليس الإقرار بحق المالك القاطع للتقدم هو مجرد تقرير للواقع ، وإلا لما كان من شأنه أن يقطع التقدم ، فإن تقرير الحائز أن العين مملوكة لصاحبها لا يتعارض في طبيعته مع سريان التقدم . ولكن لإقرارهنا ينطوى على نزول الحائز عن الجزء الذي مضى من مدة التقدم ، فهو كإقرار المدعى عليه أمام القضاء واقعة مادية تنطوى على تصرف قانوني هو نزوله المقر عن حقه في مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه (١) .

ويشترط في إقرار الحائز بحق المالك ، وهو الإقرار الذي يقطع التقدم المكسب ، أن يكون الحائز متوافراً على أهليه التصرف في العين التي يحوزها . ذلك لأن هذا الإقرار قطع التقدم ، ولو لم يقطعه فاكتملت مدته لملك الحائز العين ، فالإقرار إذن ينطوى على ضرب من التصرف في العين (٢) . وهذا بخلاف التقدم المسقط ، فالإقرار الذي يقطع هذا التقدم لا يشترط في صحته أهلية التصرف ، بل تكفي أهلية الإدارة . ذلك لأن الإقرار القاطع للتقدم المسقط يتمحض نزولاً عن مدة التقدم ولا ينطوى على تصرف في الحق ، فالصبي المميز لإقراره صحيح وقاطع للتقدم المسقط في حدود أهليته للإدارة (٣) .

(١) الوسيط ٢ فقرة ٢٤٩ .

(٢) عكس ذلك شفيق شحاتة فقرة ٢٩٢ ص ٣٠٠ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٥٢٦ ص ٥٥٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠١ ص ٦١٨ .

(٣) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦٣٣ ص ١١٠٨ - وأنظر في وجوب أهلية التصرف في الإقرار القاطع للتقدم المكسب دون التقدم المسقط أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٨٤ - ٤٨٥ - بلايول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٣ ص ٧٣٣ - بلايول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢٠٠ - محمد كامل مرسي ٤ فقرة ٢٨٠ - محمد علي عرفة فقرة ١٥٧ - ولكن أنظر مع ذلك برودي ونوسيه فقرة ٥٢٤ - فقرة ٥٢٥ .

وإقرار الحائز بحق المالك ، على النحو الذى بيناه ، تصرف صادر من جانبه وحده . فلاحاجة لقبول المالك لهذا الإقرار ، ولا يجوز للحائز بعد الإقرار أن يرجع فيه (١) .

٤٠٠ - الإقرار الصريح والإقرار الضمنى : ويكون إقرار الحائز بحق

المالك إقرارا صريحا ، أو إقرارا ضمنيا .

والإقرار الصريح لا يشترط فيه شكل خاص ، فأى تعبير عن الإرادة يعيد معنى الإقرار يكفى . وقد يكون مكتوبا أو غير مكتوب ، فى صورة رسالة أو فى غير هذه الصورة ، موجها إلى المالك أو غير موجه إليه . وقد يكون فى صورة اتفاق بين الحائز والمالك ، أو فى صورة اتفاق بين الحائز والغير ، أو صادرا من جانب الحائز وحده دون أى اتفاق . وقد يرد الإقرار الصريح فى محضر جرد لحصر تركة المالك فيقر الحائز فى هذا المحضر بأن العين التى فى حيازته هى ملك للميت ، أو فى إيجاب صادر من الحائز دون أن يقرن به قبول من المالك ، أو فى مذكرات يتقدم بها الحائز فى قضية لا يكون المالك خصما فيها ، أو فى عقد قسمة ، أو فى تصفية شركة ، أو فى تصرف قانونى حكم بطلانه دون أن يمس البطلان بالحق الوارد فى هذا التصرف (٢) .

والإقرار الضمنى يستخلص من أى عمل يمكن أن يفيد معنى الإقرار . فيعتبر إقرارا ضمنيا مفاوضة الحائز للمالك فى دفع تعويض له عن العين ، أو دفع الحائز الضراب عن العين لحساب المالك ، أو تسليم الحائز ثمار العين للمالك . وإذا عرض الحائز على المالك أن يدفع مبلغا على سبيل الصلح ، لم يعتبر هذا انخراطا ضمنيا بحق المالك ، إذ أن رغبة الحائز فى الصلح وحسم النزاع لا يستخلص منها حتماً أنه يقر بحق المالك (٣) ، وقاضى الموضوع هو

(١) أوبرى ورد ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٨٣ - وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٢٢ .

(٢) بودرى ونيسيه فقرة ٥٢٩ - بلانويول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٣٤ ص ٧٢٢ - لو قد قضى بأن اقتضاء بطلان الصلح الذى تقضى الإقرار لا يزيل ما ترتب على الإقرار من قطع التقادم (مطال الكلية ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ الحامدة ١٤ رقم ٢٢٣ ص ٤٣٢) . وقضى بأن بطلان النسوة المنطوية على الإقرار يبق الإقرار قائما قاطعا للتقادم (استئناف محط ٢١ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٨٧) . وقضى بأن الإقرار الحاصل فى أثناء سير الإجراءات يقطع التقادم مستقلا عن طه الإجراءات ، ولا يزول أثره باطلا (استئناف محط ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٤) .

(٣) تقضى فرنسي ١٤ مايو سنة ١٩١٨ دالوز ١٩٢٦ ص ١ - ٢٠٤ .

الذى يقدر ما إذا كان العمل الذى صدر من الحائز يتطوى على إقرار ضمنى ، ولا معقب على تقديره من محكمة النقض (١)

٤٠١ - إثبات الإقرار : ولما كان الأقرار واقعة مادية تتطوى على تصرف قانوني ، ويغلب فيها معنى التصرف القانوني كما هو الأمر في الوفاء ، فان إثبات الإقرار يخضع للقواعد العامة في إثبات التصرف القانوني ولو كان صادراً من جانب واحد . فيجوز الإثبات بجميع الطرق إذا كانت قيمة العين التي يراد قطع التقادم فيها لا تزيد على عشرة جنيهات ، فان زادت وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها . وعقب الإثبات يقع على المالك الذى يدعى انقطاع التقادم (٢) .

٤٠٢ - ما يترتب على انقطاع التقادم المكتسب بإقرار الحائز بحسب المالك :

المالك : إذا كان سبب قطع التقادم هو إقرار الحائز بحق المالك ، لم يمتد بمدة الحيازة التي سبقت هذا الإقرار وتعتبر كأن لم تكن . ولكن إذا بقي الحائز على حيازته للعين بنية تملكها ، بدأ سريان تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة فوراً عقب هذا الإقرار . وذلك حتى لو كان الحائز في مدة

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار القاطع للتقادم مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مطلق ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٣٤ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٥ ص ١٥٦٧) . وقضت في الحكم الأول من الممكن المتضمن بأن المسائل المتعلقة بانقطاع مدة التقادم مناط خضوعها لرقابة محكمة النقض هو التفرقة بين ما إذا كان قطع مدة التقادم مترتباً على اعتراف واضح اليد أو المدين بالحق المطالب هو به اعترافاً يجب الرجوع إلى فعل ماضى مختلف عن دلالته أو أول ورقة مقدمة في الدعوى مختلف عن دلالاته الصريحة أو الضمنية كذلك ، وبين ما إذا كان مترتباً على ورقة الطلب المقدم للمحكمة بالحق المطلوب استرداده أو اقتضائه . في الحالة الأولى لرقابة محكمة النقض ، لأن حكم القاضي فيها يكون مبنياً على ما استنتج من الأفعال أو الأوراق المقدمة المتنازع على دلالاتها العقلية . أما في الحالة الثانية فيكون النزاع قائماً على ما لو رقة الطلب الآخر القانوني في قطع التقادم ، وعلى من تكون الورقة قاطعة ، وفيه تكون ، أي على ما اشترطه القانون في ورقة الطلب (demand en justice) من الشرائط القانونية ، فيكون فصل القاضي في ذلك نملاً في مسألة قانونية يخضع فيها لرقابة محكمة النقض (نقض مطلق ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٣٤) .

وانظر فيما تقدم بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٣ - ٧٢٣ - الوسيط ٣ فقرة ٦٣١ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ١٨٥ - الوسيط ٢ فقرة ٦٣٥ ص ١١١٢ .

حيازته الأولى حسن النية ولديه سبب صحيح ، وكان يستطيع التملك بالتقادم القصير أى بخمس سنوات . فانه بعد أن أقر بحق المالك انقطاع هذا التقادم ، والتقادم الجديد الذى بدأ سريانه عقب انقطاع التقادم السابق لم يكن فيه حسن النية بعد أن أقر بحق المالك . (١)

بل إن إقرار الحائز بحق المالك قد يكون مصحوباً بنية أن يكون الحائز من وقت الإقرار حائزاً لحساب المالك ، كما لو استأجر الحائز من المالك العين التى يحوزها ، فأقر على هذا الوجه بحق المالك وفى الوقت ذاته أصبح يحوز العين لحساب المالك وانقلبت حيازته من حيازة أصيلة إلى حيازة عرضية . ففي هذه الحالة لا يبدأ تقادم جديد عقب إقرار الحائز بحق المالك على هذا النحو ، بل تبقى حيازته حيازة عرضية غير صالحة للتملك بالتقادم أصلاً (٢) . وذلك إلى أن تتغير صفة الحيازة العرضية فتصبح حيازة أصيلة مرة أخرى بفعل يصدر من الغير أو بفعل يصدر من الحائز نفسه يعتبر معارضة لحق المالك ، فيبدأ سريان تقادم جديد ولكن من تاريخ تغير صفة الحيازة (٣) .

٤٠٣ - السبب الثالث لانقطاع التقادم المكسب - نجلي الحائز عن الحيازة

أو ففره إياها - فهو قانونى : تنص المادة ٩٧٥ مدنى على ما يأتى :

- (١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٩٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٤ ص ٧٣٣ - بلانيول وريبير وبولاجيه ١ فقرة ٣٢٠٢ ص ١٠٤٢ - كاربونيه ص ٢١١ محمد على عرق ٢ فقرة ١٥٨ ص ٢٩٣ - ٢٩٤ - وقارن عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠١ ص ٦٢٠ - ص ٦٢١ . (٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار بالاستحكار مانع من تملك الأرض المحكرة ، مهما طالت مدة سكوت المحكر عن المطالبة بالحكر السنوى (نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ١١٧ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٤٥٢ ص ١٠٩٨) . وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٩٦ - بلانيول وريبير وبولاجيه ١ فقرة ٣٢٠٢ - كولان وكابيتان ودى لامورادير ١ فقرة ١١٨٩ - كاربونيه ص ٢١١ - محمد على عرق ٢ فقرة ١٥٨ ص ٢٩٤ - ص ٢٩٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠١ ص ٦٢١ . (٣) ولا حظ أن مجرد إقرار الحائز بحق المالك لا يترتب عليه وحده تحول صفة الحيازة إلى حيازة عرضية ، إذ لا تعارض بين هذا الإقرار وبين بقاء الحائز حائزاً لحساب نفسه وإن أقر بحق المالك . فلا بد إذن لتحول الحائز إلى حيازة عرضية عن طريق الإقرار بحق المالك ، أن يصحب هذا الإقرار ما يبدل على أن الحائز أصبح يحوز العين لحساب المالك لا لحساب نفسه (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٤) .

١ - ينقطع التقادم المكسب إذا تخلى الحائز عن الحيازة أو فقدها ولو بفعل الغير .

٢ « غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها في هذا الميعاد » (١).

وواضح ، كما قدمنا (٢) ، أن هذا السبب لقطع التقادم ينفرده به التقادم المكسب دون التقادم المسقط ، لأن المفروض فيه أن تزول الحيازة والحيازة لا تكون إلا في التقادم المكسب . ويؤخذ من النص سالف الذكر أنه إذا زالت الحيازة قبل أن يكتمل التقادم المكسب ، فإن هذا التقادم ينقطع . ذلك بأن التقادم المكسب يقوم على أساسين : بقاء الحيازة عند الحائز المدة اللازمة قانوناً ، وعدم مطالبة المالك بحقه . فإذا اختل أحد هذين الأساسين ، بأن لم تبق الحيازة عند الحائز إلى أن تكتمل مدة التقادم ، أو طالب المالك بحقه (أوما

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢٦ على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٥٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٧ . وفي لجنة مجلس الشيوخ سئل كيف لا ينقطع التقادم بفقد الحيازة إذا استردها الحائز في خلال سنة ، فأجيب « بأن هذا قاصر على فقد الحيازة المادية ، وعكس ذلك في التخل فان الانقطاع فيه ولو يوماً واحداً يكتفى لقطع المدة . ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٩٧٥ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٦ - ص ٥٠٩) .

ويقابل النص في التقنين المدنى السابق المادة ١١٠/٨٢ : تنقطع المدة المقررة للملك بوضع اليد ، إذا ارتفعت اليد ولو بفعل شخص أجنبي (و أحكام التقنين المدنى السابق تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السوري م ٩٢٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٧٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٦١ : لا ينقطع التقادم بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة ، أو رفع دعوى إعادة اليد في هذا الميعاد . (وتتفق أحكام التقنين العراقى مع أحكام التقنين المصرى) .

قانون الملكية المقاربية اللبناني م ٢٦٤ : ينقطع مرور الزمن عندما يفقد مدعيه اليد ، حتى ولو فقدها بسبب شخص ثالث . (وتتفق أحكام القانون اللبناني مع أحكام التقنين المصرى) (٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٩٤ .

يبدل ذلك أقر له الحائز بهذا الحق) ، فإن التقادم المكسب ينقطع ، ولا يحتد بالمدة التي سبقت انقطاعه (١) .

وقد سبق أن بينا (٢) كيف تزول الحيازة . فهي تزول بفقد عنصرها المادى والمعنوى معاً ولوبارادة الحائز وحده ، فيتخلى هذا عن حيازة العين ، ويقلب أن يكون ذلك فى المنقول دون العقار . وقد تزول الحيازة بفقد الحائز للعنصر المادى وحده أى للسيطرة المادية على العين ، ويفقد الحائز هذه السيطرة إذا أنتزع منه المالك نفسه أو الغير حيازته للعين عقاراً كانت أو منقولاً ، أو سرقت منه العين أو ضاعت إذا كانت منقولاً . ففى هذه الفروض يفقد الحائز الحيازة بفقد السيطرة المادية ، مهما استبقى العنصر المعنوى واحتفظ بالقصد ، فإن عنصراً من عنصرى الحيازة قد فقد فتزول بفقد الحيازة (٣) وقد تزول الحيازة بفقد الحائز عنصرها المعنوى وحده ، فيفقد عنصر القصد فى أن يحوز العين لحساب نفسه ويصبح حائزاً لها حيازة مادية لحساب الغير ، وتتحول حيازته بذلك إلى حيازة عرضية غير صالحة لأن تؤدي إلى التقادم المكسب (٤) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢١ - بلانيول وريبير وبولاجيه ١ فقرة ٣١٨٤ ص ١٠٣٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٨ - فقرة ٣١١ .

(٣) ويلاحظ ما تنقضى به المادة ١/٩٥٧ مدى من أنه لا تنقضى الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتى ، والمفروض أن المانع الذى حال دون مباشرة السيطرة الفعلية هو مانع طبيعى أوقوة قاهرة وأنه مانع وقتى زواله مترقب ، وذلك كفيضان غير الأرض لمدة مؤقتة ولا يلبث أن ينحصر فتعود لحائز الأرض السيطرة المادية عليها . فلا تعتبر الحيازة فى هذا الفرض قد زالت بفقد السيطرة المادية ، ويبقى الحائز على حيازته للأرض حتى و أثناء المدة التى غيرها الفيزان فيها (أنظر آنفاً فقرة ٣١٠) .

(٤) ولا يعتبر فقداً للحيازة بقطع التقادم أن يكون الحائز الذى انتقلت إليه الحيازة إنما يحوز لحساب الحائز السابق الذى انتقلت منه الحيازة . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا عين البنك المقارى حارساً على الأرض للمحافظة على حقوق الدائنين ، وتسلم هذه الأرض ، وارقت يد مالكيها عنها ، فإن ذلك لا يصلح اعتباره قطعاً للتقادم ، لأن وضع يد البنك على الأرض هذه الصفة لم يكن ملحوظاً فيه أن ينزع البنك بها لنفسه ، بل ليحصل غلتها ويستوفى منها دينه ثم يرد مابقى منها للمالك (نقض مدى ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٦ ص ٩٣) . وقضت أيضاً بأن وضع يد النير على العين لا يكون قاطعاً للتقادم إلا إذا كانت حيازته لها لحساب نفسه ، فإذا كان هذا النير قد عرض على ذى الشأن فى وضع اليد تمريضاً -

وسواء فقد الحائز الحيازة بالتخلي عنها وهذا فرض نادر . أو فقدما يفقد العنصر المادى وحده أو العنصر المعنوي وحده على النحو سالف الذكر . وسواء كان من انتزع منه الحيازة هو المالك نفسه أو الغير : فان الحيازة تزول ، ومن ثم يتقطع التقادم إذا كانت مدته لم تكتمل .

وقطع التقادم يفقد الحيازة على الوجه المتقدم الذكر له أثر مطلق ، فيقطع التقادم ، لا بالنسبة إلى من انتزع الحيازة وحده ، بل أيضاً بالنسبة إلى كل ذى مصلحة في التمسك بقطع التقادم . فلو أن عبثاً يملكها شخصان على الشيوع ، ووضع شخص ثالث يده عليها ، ثم انتزع أحد المالكين على الشيوع الحيازة من واضع اليد ، فان التقادم يتقطع ، لا بالنسبة إلى المالك الذى انتزع الحيازة وحده ، بل أيضاً بالنسبة إلى المالك الآخر على الشيوع الذى لم ينتزع الحيازة . ذلك بأن فقد الحيازة أمر مادى وحقيقة واقعة تنتج أثرها بالنسبة إلى الجميع . وليست كالتصرف القانونى يقتصر أثره على من كان طرفاً فيه (١) .

٤٠٤ - ما يترتب على اقطاع التقادم المكسب بنحى الحائز عن الحيازة

أوفقه إياها : يجب في هذا الصدد التمييز بين نحى الحائز عن الحيازة اختياريًا ، وبين فقد إياها بغير إرادته .

ففى حالة نحى الحائز عن الحيازة اختياريًا ، يتقطع التقادم بمجرد هذا التخلي ، ولو استرد الحائز الحيازة بعد يوم واحد من تخليه عنها . فلو أن الحيازة قبل التخلي دامت وقتاً طويلاً دون أن تكتمل مدة التقادم ، فان هذا الوقت الطويل الذى سبق التخلي لا يعتد به ما دام التقادم قد انقطع . وإذا استرد الحائز الحيازة بعد التخلي . فانه يبدأ حيازة جديدة ، ويبدأ بذلك سريان تقادم جديد من وقت استرداد الحائز للحيازة (٢) .

تمويضاً عن مدة حيازته ، فان دمه على المين تكون بمثابة استمراره ذى الشأن عليها . وإذن فالحكم إذا أسقط من مدة التقادم المدة التى استولت فيها السلطة العسكرية البريطانية على الأرض المتنازع عليها مقابل تمويض دفنته لذى اليد ، بانها ذلك على أن هذا الاستيلاء يقطع التقادم لأنه كان بفعل أجنبي ليس بينه وبين ذى اليد اتفاق يجعله نائباً عنه في وضع اليد - هذا الحكم يكون محطاً متبهاً نقصه (نقص مدنى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥ ص ٣٧) .

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٨٨ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٤ -

بلانيول وريير وبولاجيه ١ فقرة ٣١٨٧ .

(٢) بودرى ونيسيه فقرة ٤٧٣ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٣ .

وفي حالة فقد الحائز الحيازة بغير إرادته ، وكانت العين عقاراً (١) ، فإن للحائز أن يسترد العقار بدعوى الحيازة (دعوى استرداد الحيازة أو دعوى منع التعرض) في خلال سنة من وقت فقدة إياها . فإن استرد الحيازة فعلاً في خلال سنة ، أو رفع دعوى الحيازة في خلال هذه المدة وهي المدة التي يجوز في أثنائها رفع دعاوى الحيازة وانتهت الدعوى باسترداد الحيازة ولو بعد انقضاء السنة (٢) ، فإن الحيازة لا تعتبر قد زالت أصلاً ، بل تعتبر باقية دائماً لدى الحائز وذلك بالرغم من أنه كان قد فقدتها (٣) . وعلى ذلك لا ينقطع التقادم ، بل يستمر سارياً كما لو كانت الحيازة لم تفقد ، وذلك إلى أن تكتمل مدة التقادم أو إلى أن يقطع بسبب من أسباب الانقطاع التي سبق بيانها . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٩٧٥ مدني في هذا الشأن كما رأينا (٤) :

« غير أن التقادم لا ينقطع يفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة ، أو رفع دعوى باستردادها في هذا الميعاد » (٥) . والمفروض أن العين عقار ، وإن كان النص لم يصرح بذلك ، حتى يمكن أن يرفع في شأنها دعوى الحيازة . فإذا لم يسترد الحائز الحيازة في مدة السنة ، ولم يرفع في خلال هذه المدة دعوى الحيازة لاستردادها ، فإن التقادم ينقطع في هذه الحالة بانقضاء السنة (٦) .

(١) أما إذا كانت العين منقولة ، وفقد الحائز حيازة هذا المنقول بغير إرادته ، فإن التقادم ينقطع بفقد الحيازة . فمن أصح منقولا فقد حيازته ، وليس له أن يستبق الحيازة بمحض نيته ولو لم يفقد الأمل في العثور عليه (أنظر آنفاً فقرة ٣١٠) ، ويترتب على فقد الحيازة انقطاع التقادم . فإذا استرد الحائز حيازة المنقول بعد أن فقدتها ، بدأت حيازة جديدة وبدأ معها سريان تقادم جديد .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٤٦٩ ص ٣٥٥ .

(٣) بلانول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٣ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٠٣ .

(٥) وهذا هو عين ما قرره محكمة النقض و عهد التقنين المدني السابق ، دون أن يشتغل هذا التقنين على نص صريح في هذا المعنى . فقد قضت بأنه مادام القانون المصري قد حدد لقبول دعوى إعادة وضع اليد نفس المدة التي حددها القانون الفرنسي ، فقد دل بذلك على أنه قصد هو الآخر إلى أن الحكم بإعادة وضع يد الحائز يزيل شائبة الانقطاع الطبيعي ، فتكون الحيازة رغم ما طرأ عليها مستمرة لما كل نتائجها (نقض مدني ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة صر ٣ رقم ٣٦ ص ٩٣) . فتن التقنين المدني الجديد ما سبق أن قرره القضاء في هذه المسألة .

(٦) بودري وتيسيه فقرة ٤٦٩ و فقرة ٤٧١ مكررة .

ولا يبدأ سريان تقادم جديد إلا إذا استرد الحائز حيازة العقار بعد انقضاء السنة ، وعندئذ يبدأ سريان هذا التقادم الجديد من وقت استرداد الحائز للحيازة .

المطلب الثانى

إعمال التقادم المكسب والآثار التى ترتب عليه

§ ١ - أعمال التقادم المكسب

٤٠٥ - وجوب التمسك بالتقادم المكسب ومجواز النزول عنه بعد

اكتماله - سريانه قواعدهم التقادم المسقط : إذا اكتملت مدة التقادم ، بعدم مراعاة أسباب الوقف والانقطاع على الحوالذى تقدم ذكره ، فإن الحق لا يكسب بالتقادم من تلقاء نفسه ، بل لا بد للحائز من أن يتمسك به . بل إنه يجوز للحائز ، بعد اكتمال مدة التقادم ، ألا يتمسك به وأن يتزل عنه ، فيبقى الحق لصاحبه ولا يكسبه الحائز بالتقادم . فهناك إذن مسألتان : (١) وجوب التمسك أو الدفع بالتقادم . (٢) النزول عن التقادم . وفى كلتا المسألتين تسرى قواعد التقادم المسقط ، فقد رأينا (١) أن المادة ٩٧٣ مدنى تقضى بسريان قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بالتمسك به أمام القضاء والتنازل عنه .

١ - وجوب التمسك بالتقادم المكسب والمرفع بالتقادم :

٤٠٦ - قواعدهم التقادم المسقط وسريانه على التقادم المكسب :

تنص المادة ٣٨٧ مدنى ، فيما يتعلق بالتقادم المسقط . على أنه ١ - لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها . بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدعى أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدعى . ٢ - ويجوز التمسك بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية (٢) .

فاذا طبقنا هذا النص على التقادم المكسب ، خلص لنا ما يأتى :

١ - لا تقضى المحكمة بالتقادم المكسب من تلقاء نفسها بل لا بد من التمسك

(١) أنظر آتفاً فقرة ٣٦٦ .

(٢) أنظر تاريخ هذا النص وما يقابله من التقنين المدنى السابق وفى التقنينات المدنية

العربية الأخرى : الوسيط ٣ فقرة ٦٤٢ .

به . ٢ - ويتمسك بالتقادم المكسب الحائز وكل ذى مصلحة . ٣ - ويجوز التمسك بالتقادم المكسب في أية حالة كانت عليها الدعوى .

٤٠٧ - لا تقضى المحكمة بالتقادم المكسب من تلقاء نفسها بل لا بد من التمسك به : لا يجوز للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بکسب الحق بالتقادم ، بل يجب على ذى المصلحة أن يتمسك به . فإذا ما تمسك به ذو المصلحة ، وجب على المحكمة أن تقضى به . وليس المقصود من التمسك بالتقادم أن يعلن ذو المصلحة إرادته في أن يجرى التقادم ، بل إن التقادم يقع من غير هذا الإعلان . وإنما أريد من وجوب التمسك بالتقادم أن يكون التقادم دعفاً (exception) يدفع به الحائز دعوى المالك ، ولا بد لذى الشأن من إبداء هذا الدفع والتمسك به (١) .

وليس للتمسك بالتقادم شكل خاص ، فإية عبارة تدل في وضوح على أن الحائز يتمسك بالتقادم تكفى . ولكن لا يكفى أن يتمسك الحائز بالتقادم في مرافعته الشفوية دون أن يضمن ذلك طلباته الختامية ، ولا يكفى تمسكاً بالتقادم ما كان عاماً من طلباته الختامية ، كالتقدم إلى المحكمة في أن تأخذ بما ترى الأخذ به من الدفع (٢) . ذلك بأن التمسك بالتقادم يجب أن يكون طلباً قائماً بذاته ، ولا يتدرج في طلب أصلي عام (٣) . ويجب أن يقع التمسك به أمام القضاء ، فلا يكفى التمسك به في أثناء محاولات الصلح . وإذا تمسك الحائز بالتقادم أمام محكمة أول درجة قضت له بذلك ، فيحسبه أمام محكمة الاستئناف أن يطلب تأييد الحكم المستأنف حتى يعتبر متمسكاً بالتقادم أمام هذه المحكمة . أما إذا تمسك بالتقادم أمام محكمة أول درجة ولكنه كسب الدعوى دون نظر إلى التقادم ، فانه لا يكفى في الاستئناف أن يطلب تأييد

(١) ويخلص من ذلك أمران : (أولاً) أن التمسك بالتقادم ليس تصرفاً قانونياً acte juridique قائماً على إرادة الحائز المنفردة volonté unilatérale ، بل هو دفع يدفع به الحائز مطالبة المالك (ثانياً) وهذا الدفع لا يثيره القاضي من تلقاء نفسه ، بل لا بد أن يتمسك به ذو المصلحة ، لأنه لا يعتبر من النظام العام وإن كان يمت بالمصلحة العامة .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٤٤ - بلانويول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٤٩ من ٧٤٥ - بلانويول وريبير وبولاجيه ١ فقرة ٣٢١٨ .

(٣) نقض مدني ١٥ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٢ ص ٤٢٢ . .

الحكم المستأنف ، بل لا بد له من التمسك بالتقادم من جديد ^(١) . والتمسك بالتقادم الطويل لا يغني عن التمسك بالتقادم القصير ^(٢) ، وكذلك التمسك بالتقادم القصير لا يغني عن التمسك بالتقادم الطويل . إذ ^(٣) أن لكل تقادم شروطه وأحكامه ^(٤) .

وقد أوجب القانون على ذى المصلحة أن يتمسك بالتقادم للأسباب الآتية : ١ - ليس كسب الحق بالتقادم من النظام العام ، فهو وإن كان مبنياً على اعتبارات تمت للمصلحة العامة لضمان الأوضاع المستقرة . إلا أنه يتصل مباشرة بمصلحة الخائر الخاصة . فالخائر وشأنه . إن رأى أن يتمسك بالتقادم كان له ذلك . وإن أراد النزول عن هذا الدفع صح نزوله . ٢ - هنا إلى أن التمسك بالتقادم أمر يتصل اتصالاً وثيقاً بضمير الخائر ، فإن كان الخائر مطمئناً إلى أن له حقاً ، دفع بالتقادم ليوفر على نفسه مشقة إثبات حقه بعد هذه المدة الطويلة . أما إن كان يعلم ألا حق له ، وتخرج من التذرع بالتقادم ، فقد فتح

(١) بودرى وتبسيه فقرة ٤٢ - فقرة ٤٣ و فقرة ٤٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٦ - الوسيط ٣ فقرة ٦٤٣ .

(٢) وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا تمسك الخائر بالتقادم الطويل ، كان المحكمة أن تبحث من تلقاء نفسها في توافر شروط كسب الحق بالتقادم القصير (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٥ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٥٨ ص ٢٩٧ - ديجون ٩ يناير سنة ١٨٧٨ سبريه ٧٨ - ٢ - ٨٥) . ولكن التمسك بالتقادم الطويل لا يقتضي النظر في شرطى السبب الصحيح وحسن النية الواجب توافرها في التقادم القصير ، وحتى يمكن النظر في هذين الشرطين يجب التمسك بالتقادم القصير ، فلا يغني إذن عن التمسك به التمسك بالتقادم الطويل (منصور مصطفى منصور فقرة ١٨١ ص ٤٣١ هامش ١ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٤٠ ص ٥٨٣) .

(٣) وهناك رأى يذهب إلى أن التمسك بالتقادم القصير إذا استبدته المحكمة وجب عليها ، دون طلب خاص ، البحث في انطباق التقادم الطويل (عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٤٠ ص ٥٨٤) . ولكن النظر في استكمال المدة من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة يقتضى التحقق مما إذا كانت الحيازة قد استمرت دون توقف أو انقطاع في عشر السنوات التالية لخمس السنوات الأولى ، ولا يجوز ذلك إلا إذا تمسك الخائر بالتقادم الطويل ، فلا يغني إذن عن التمسك به التمسك بالتقادم القصير (منصور مصطفى منصور فقرة ١٨١ ص ٤٣١ هامش ١) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام ، وينبئ التمسك به أمام محكمة الموضوع في عبارة واضحة لا تحتمل الإبهام ، ولا يغني عن ذلك طلب الحكم برفض الدعوى . كما لا يغني عن التمسك بنوع آخر من أنواع التقادم لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه (نقض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٠٥ ص ٧٠٦) .

له القانون الباب لذلك عن طريق عدم التمسك بالتقادم. ٣- يضاف إلى ما تقدم أن التقادم من شأنه أن يثير وقائع كثيرة لا يتيسر للقاضي أن يستخلصها من تلقاء نفسه من واقع الأوراق والمستندات ، فلا بد من أن يثيره الخصوم ويكون محلاً لمناقشتهم حتى يتمحص وجه الحق فيه (١) .

٤٠٨- يتمسك بالتقادم المكسب المحرز وكل ذي مصلحة : والأصل

أن الحائز هو الذي يتمسك بالتقادم المكسب ، كما يتمسك به خلف الحائز عاماً كان أو خاصاً . فلوارث الحائز أن يتمسك بالتقادم ، والمشتري من الحائز كذلك أن يتمسك به ، بل إن مدة الحائز قد تضم إلى مدة خلفه ليكتمل التقادم كما سبق أن بينا (٢) .

كذلك يستطيع أن يتمسك بالتقادم كل ذي مصلحة (٣) ، وبوجه خاص دائنو الحائز . فيجوز للدائن الحائز أن يتمسك بالتقادم نيابة عن مدينة الحائز (الدعوى غير المباشرة) ، ولا يعترض على ذلك بأن هذا التمسك حق متصل بشخص المدين فلا يجوز للدائن استعماله . ذلك بأن من حق الدائن أن يعتمد على أن مدينة الحائز قد ملك العين بالتقادم ، فيستطيع هو أن ينفذ عليها باعتبارها داخلة في أموال مدينة (٤) . ومهما يكن من أمر ، فنص المادة ١/٣٨٧ مدني صريح ، كما رأينا (٥) ، في جواز أن يستعمل الدائن حق مدينة الحائز في التمسك بالتقادم . وقد يعترض أيضاً بأن التمسك بالتقادم رخصة وليست حقاً ، والرخص لا يستعملها الدائن باسم المدين . ولكن النص صريح هنا في جواز أن يستعمل الدائن رخصة مدينة في التمسك بالتقادم ،

(١) أنظر بدرى وتيسيه فقرة ٤١ ص ٤٢ - الوسيط ٣ فقرة ٦٤٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٨٦ .

(٣) فيجوز للبائع ، ولمن لا يزال دائناً للمشتري بالتمن كالحال له بالتمن من البائع ، أن يتمسك بالتقادم الذي تم لمصلحة المشتري ، وذلك حتى يتمكن من التنفيذ بالتمن على العقار المبيع (استئناف مخطط ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ص ١٠٣ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ص ٢٥ - نقض فرنسي ٥ مايو سنة ١٨٥١ دالوز ٥١ - ١ - ٢٦١ - أنسيكلو بيدي دالوز ٤ لفظ Prescription civile فقرة ٢٤٢) .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥١ - بلانيول وريبير وبولاجيه ١ فقرة

٣٢٢٠ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٤٠٦

وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام في الدعوى غير المباشرة (١). هذا وسرى أنه كما ثبت للدائن أن يستعمل حق مدينة الحائر في التمسك بالتقادم وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدني ، كذلك يثبت له ، إذا لم يقتصر الحائر على الامتناع عن التمسك بالتقادم بل خطأ خطوة أخرى إيجابية ونزل عن التقادم أن يظعن في هذا النزول بالدعوى البولصية وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدني . فللدائن إذن أن يستعمل حق مدينة الحائر في التمسك بالتقادم وفقاً لأحكام الدعوى غير المباشرة ، إذا سكّ الحائر عن التمسك بالتقادم . وله كذلك ، إذا نزل الحائر عن التقادم ، أن يظعن في هذا النزول بالدعوى البولصية ، حتى إذا نجح في طعنه عمد بعد ذلك إلى التمسك بالتقادم نيابة عن الحائر . فهو إذا ظعن بالدعوى البولصية ، لم يكن له بد ، بعد أن ينجح في طعنه ، من الانتقال إلى الدعوى غير المباشرة (٢) .

٤٠٩ - يجوز التمسك بالتقادم المكتسب في أية حالة كانت عليها الدعوى : ولما كان التمسك بالتقادم المكتسب دعواً موضوعياً ، فإن لدى المصلحة أن يتمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى (٣) . فله أن يتمسك به منذ البداية ، وقبل الدخول في أي دفع موضوعي أو شكلي . وله أن يؤخره إلى أن يستنفذ جميع دفعه الأخرى الشكلية والموضوعية ، فإذا لم ينجح فيها عمد بعد ذلك إلى الدفع بالتقادم (٤) . وكل ما ينبغي أن يحتاط له أمران : ١ - ألا ينطوي تأخير الدفع بالتقادم على معنى المتزول عنه ضمناً ، فانه إذا نزل عنه لم يعد بعد ذلك أن يعود إليه . ومن ثم كان من المناسب ، وهو يبدى أوجه دفاعه الأخرى ، أن يذكر أن عنده دعواً بالتقادم يؤخره إلى ما بعد أن ينتهي من أوجه الدفاع التي يبدىها . ٢ - ألا يؤخر الدفع بالتقادم إلى ما بعد إقفال باب المرافعة ، فانه إذا أقفل هذا الباب فليس له بعد ذلك أن يبدى أي طلب (٥) .

(١) الوسيط ٢ فقرة ٥٤٢ .

(٢) أنظر في ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٤٨ وفقرة ٦٥٠ .

(٣) استئناف مخطط ٩ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٢ .

(٤) بلانول وريير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٦ .

(٥) بودوي وتيسيه فقرة ٤٨ - فقرة ٩٩ .

فان فات الحائز الدفع بالتقادم أمام محكمة أول درجة ، فانه يستطيع ،
 ما لم يتطو تركه للدفع أمام محكمة أول درجة على معنى التزول ، أن يدفع
 بالتقادم لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية ، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى
 إلى وقت إقفال باب المرافعة (١) .

فاذا لم يدفع الحائز بالتقادم لا أمام محكمة أول درجة ولا أمام المحكمة
 الاستئنافية ، فليس له أن يدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض (٢) . ذلك
 بأن محكمة النقض لا تستطيع أن تنظر أوجها جديدة لم يسبق الدفع بها أمام
 محكمة الموضوع ، وليس الدفع بالتقادم كما قدمنا معتبرا من النظام العام حتى
 يجوز لمحكمة النقض أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها (٣) . لكن إذا استطاع
 الحائز أن يحصل من محكمة النقض على حكم ينقض الحكم المطعون فيه لسبب
 غير التقادم ، كخلل في الإجراءات أو خطأ في تطبيق القانون في مسألة
 أخرى ، وأحالت محكمة النقض الدعوى على دائرة أخرى من دوائر محكمة
 الاستئناف ، فانه يجوز للحائز أمام محكمة الإحالة ، وهي محكمة موضوع ،
 أن يدفع بالتقادم لأول مرة ، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى وذلك إلى
 وقت إقفال باب المرافعة أمام محكمة الإحالة (٤) .

ب - التزول عن التقادم المكسب

٤١٠ - قواعد التقادم المسقط وسريانها على التقادم المكسب :

تنص المادة ٣٨٨ مدني ، فيما يتعلق بالتقادم المسقط ، على أنه ١ - لا يجوز
 التزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم
 التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون . ٢ - وإنما يجوز لكل
 شخص يملك التصرف في حقوقه أن يتزل ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت

(١) م ٢/٣٨٧ مدني آنفاً فقرة ٤٠٦ - بودري ونيسيه فقرة ٥٠ - فقرة ٥٢ -

بلانيول وريبير وييكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٦ .

(٢) نقض مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ بمجموعة محرر ١ رقم ٢٧٤ ص ٨١٥ - ١٥ يونيو
 سنة ١٩٤٤ بمجموعة محرر ٤ رقم ١٥٢ ص ٤٢٢ - ١١ يناير سنة ١٩٤٥ بمجموعة محرر ٤ رقم ١٨٧
 ص ٥٢٢ - استئناف مصر ١٧ فبراير سنة ١٩٣٠ الجريدة القضائية ٢٥ ص ٢١ .

(٣) بودري ونيسيه فقرة ٥٢ - بلانيول وريبير وييكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٦ -
 بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٢١٩ .

(٤) بودري ونيسيه فقرة ٥٢ - بلانيول وريبير وييكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٦ -
 وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٥١ - فقرة ٦٥٤ .

الحق فيه ، على أن هذا النزول لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إصراراً بهم ^(١) . فإذا طبقنا هذا النص على انتقادم المكسب ، خلص لنا ما يأتي :

١ - عدم جواز النزول عن التقادم المكسب مقدماً قبل ثبوت الحق فيه ^(٢) .

٢ - جواز النزول عن التقادم المكسب بعد ثبوت الحق فيه . ٣ - جواز النزول عن المدة التي انقضت في تقادم مكسب لم يكتمل .

٢١١ - عدم جواز النزول عن التقادم المكسب مفرماً قبل ثبوت الحق فيه : يكاد يتعذر أن نتصور كيف يتحقق هذا النزول في التقادم المكسب . وكان من الممكن القول إنه لا يتحقق إلا في التقادم المسقط ، وإنه يستعصى على طبيعة التقادم المكسب فلا عمل لتطبيقه على هذا التقادم ^(٣) . ولكن يمكن مع ذلك أن نتصور فرضاً ، وإن كان بعيد الوقوع ، يتفق فيه المالك مع الحائز (كصاحب حق انتفاع أو محتكر) على أن يتزل الحائز عن التقادم المكسب مقدماً قبل ثبوت الحق فيه بل قبل سريانه ، ويكون هذا إجراء أشد من قطع التقادم بالمطالبة القضائية أو باقرار الحائز بحق المالك . ذلك بأنه في حالة قطع التقادم على هذا الوجه أو ذاك يمكن سريان تقادم جديد على النحو الذي قدمناه ^(٤) ، أما في حالة الاتفاق على النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه وقبل سريانه ، لو صح هذا الاتفاق ، فانه لا يبدأ سريان تقادم

(١) أنظر تاريخ هذا النص وما يقابله في التقنين الملغى السابق وفي التقنينات المدنية العربية الأخرى في الوسيط ٣ فقرة ٦٥٥ .

وقد نصت المادة ٢٦٢ من قانون الملكية العقارية اللبناني على أنه « لا يجوز الملوك مسبقاً عن مرور الزمن ، إنما يمكن لكل شخص مطلق اليد بحقوقه أن يتخلل مسبقاً عن حق مكتسب بمرور الزمن » .

(٢) ويلحق بهذه القاعدة ، وفقاً لنص المادة ٣٨٨ / ١ مدى ، عدم جواز الاتفاق على مدة لتقادم المكسب تختلف عن المدة التي عينها القانون . في التقادم المكسب الطويل تكون المدة خمس عشرة سنة ولا يجوز الاتفاق على مدة أطول ولا على مدة أقصر ، وفي التقادم المكسب القصير تكون المدة خمس سنوات ولا يجوز الاتفاق على مدة أطول ولا على مدة أقصر ، وقد سبق بيان ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٣٨٠) .

(٣) بلانيول وريبير ييكار ٣ فقرة ٧٥١ ص ٧٤٨ - بلانيول ريبير بولابيه ١ فقرة ٣٢٢١ - كولان كابينان ودى لا موراندبير ١ فقرة ١١٩٥ ص ٧٤ - مارتو وريغو فقرة ١٩٧ ص ٢٠٩ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٣٩٨ فقرة ٤٠٢ .

جديد إذ أن الحائز قد نزل مقدماً عن التقادم . على أنه إذا أمكن تصور مثل هذا الفرض ، فحكم القانون صريح في بطلانه ، إذ تقول المادة ١/٣٨٨ مدني كما رأينا (١) « لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه » (٢) ويستوى ، في عدم جواز النزول عن التقادم المكسب قبل ثبوت الحق فيه ، أن يكون التقادم طويلاً مدته خمس عشرة سنة أو قصيراً مدته خمس سنوات .

٤١٢ - **جواز النزول عن التقادم المكسب بعد ثبوت الحق فيه :**
فإذا اكتملت مدة التقادم المكسب ، طويلاً كان التقادم أو قصيراً ، وثبت حق الحائز في التمسك به ، فإن نزوله عنه بعد ثبوت حقه فيه جائز ، وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثالثة من المادة ٣٨٨ مدني فيما قدمنا (٣) .
وقد يكون نزول الحائز عن التقادم بعد ثبوت حقه فيه صريحاً ، ولا يشترط في النزول الصريح شكل معين أو عبارات خاصة فقد يكون مكتوباً أو شفوياً (٤) . ولكن يجب في إثبات هذا النزول ، وهو تصرف قانوني ، اتباع القواعد العامة في الإثبات فيجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة العين على عشرة جنيهات . وقد يكون نزول الحائز عن التقادم بعد ثبوت حقه فيه ضمناً ، وأكثر ما يكون ذلك إذا أغفل الحائز الدفع بالتقادم عمداً بحيث يفهم من موقفه أنه لا يريد الالتجاء إلى هذا الدفع . ولكن ليس من الضروري أن يستخلص من تأخير الدفع بالتقادم أن الحائز

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤١٠ .

(٢) ويجب التمييز بين الاتفاق على النزول مقدماً عن التقادم قبل أن يكتمل ، والاتفاق على وقف سريان التقادم لتحقيق مصلحة أولقيام ضرورة (أنظر آنفاً فقرة ٣٩٠ في آخرها في الماشي) . فالاتفاق الأول باطل ، بخلاف الاتفاق الثاني فهو صحيح (ناسي ١٦ نوفمبر سنة ١٨٨٩ سيرة ٩١ - ٢ - ١٦١ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٥١ ص ٧٤٨ - أنسيكلو بيدي دالوز ٤ لفظ Prescription civile فقرة ٢٧٨) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤١٠ .

(٤) فإذا اعترف المدين عليه ، بعد اكتمال مدة التقادم ، في أوراق صادرة منه ، بملكية المدين ، كان هذا الاعتراف هو بمثابة التنازل عن الحق في التمسك بالتقادم ، ومثل هذا التنازل ينتج أثره سواء أكان التقادم طويلاً أم كان قصيراً (نقص مدني ١١ أبريل سنة ١٩٤٦ بمجموعة المكتب الفني لأحكام النقص في ٢٥ جلداً جزء أول ص ٤٥٥ رقم ٦٩) .

قد نزل عنه ، فقد قدمنا (١) أن له أن يدفع بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف لأول مرة . ما لم يستخلص من ظروف تأخيرها للدفع أنه قد نزل عنه . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان يستخلص من موقف الحائز ما يستفاد منه حتماً أنه قد نزل عن الدفع بالتقادم (٢) ، ولا يفترض ذلك عند الشك فإن النزول عن الحق لا يفترض . وقد يستحصن النزول الضمنى مثلاً من قبول الحائز . بعد اكتمال مدة التقادم . أن يدفع للمالك أجرة للعين (٣) .

والأهلية الواجبة للنزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه . كما تقول المادة ٢/٣٨٨ مدنى فيما رأينا (٤) . هى أهلية التصرف . فلا تلزم أهلية التبرع ولا تكفى أهلية الإدارة . أما أن أهلية التبرع لا تلزم . فذلك لأن الحائز لا يكسب الحق إلا إذا تمسك بالتقادم ، وهو لم يتمسك به بل نزل عن حقه فيه . فهو إذن لم يكسب الحق حتى يقال إن نزوله عن التقادم هو بمثابة تبرع بهذا الحق بعد أن كسبه . ومن ثم لا تلزم أهلية التبرع (٥) . وأما أن أهلية الإدارة لا تكفى . فذلك لأن الحائز ينزوله عن حقه في التمسك بالتقادم لا يقوم بعمل مألوف من أعمال الإدارة . بل يقوم بعمل أكبر خطراً من ذلك ، إذ هو قد نزل عن حق إذا كان لم يكسبه فإنه كان يستطيع كسبه .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٠٩ .

(٢) نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٧٧ ص ١١٢٤ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن حق التمسك بمضى المدة ليس من النظام

العالم ، فإذا تنازل عنه الخصم بأن تعهد بالتفويض بما عليه من الالتزامات ، فإنه لا يسوغ له بعد ذلك أن يمود فيتسكك به (استئناف وطنى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٦٣ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١٣ ص ٢٥) . وانظر فى أمثلة أخرى بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٢ ص ٧٤٩ - بلانويول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٢٢٤ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤١٠ .

(٥) وقد كتبنا فى الجزء الثالث من الوسيط فى هذا الصدد ما يأتى : « وبالرغم من أن النص صريح فى أن الأهلية الواجبة هى أهلية التصرف لأهلية التبرع ، فقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : ويعتبر التنازل بمنزلة التبرع وإن لم تنطويه حقيقة الافتقار ، ويتفرع على ذلك وجوب توافر أهلية التبرع قيمين يصدر منه التنازل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٥) . وإذا تعارض النص الصريح مع المذكرة الإيضاحية ، وجب الأخذ بالنص الصريح (الوسيط ٣ فقرة ٦٦١ ص ١١٤٦ هامش ٣) .

فلا تكفى إذن أهلية الإدارة ، بل يجب أهلية التصرف . ويترتب على ذلك أن الصغير والمحجور لا يستطيع أى منهما أن ينزل عن حقه فى التمسك بالتقادم المكسب ، وكذلك لا يستطيع الوصى أو القيم أن ينزل عن حق الصغير أو المحجور فى التمسك بالتقادم المكسب من غير إذن المحكمة . ولا يستطيع الوكيل التزول عن التمسك بالتقادم ، إلا إذا أعطى توكيلاً خاصاً فى ذلك (١) .

وإذا نزل الحائز عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه على النحو الذى بيناه ، كان نزوله هذا تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد لا حاجة له إلى قبول المالك ، وكان هذا التزول ملزماً لا يجوز الرجوع فيه (٢) . وإذا لم يكن لدى الحائز سبب آخر غير التقادم لتملك العين ، واستمر على حيازته بعد التزول عن حق التمسك بالتقادم . فمن وقت التزول عن التقادم يبدأ تقادم جديد (٣) . ومدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة حتى لو كانت مدة التقادم السابق خمس سنوات ، فالتقادم القصير لا يكون إلا إذا كان الحائز حسن النية ، وقد انتهى حسن النية هنا بتزوله عن التقادم السابق ، وانطوى هذا التزول على إقرار منه بأن العين قد آلت إليه من غير مالك ، فلم يعد يستطيع أن يملك بالتقادم القصير .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٢ لفرة ٧٥٤ - بلانيول وريبير وبولانجه ١ لفرة

. ٣٢٢٥

(٢) والتزول عن التمسك بالتقادم ليس كما قلنا فزولا عن الحق ذاته بعد كسبه ، بل هو نزول عن كسب الحق . فلا تثبت له صفة النقل caractère translatif بل تثبت له صفة الترك caractère abdicatif . ويترتب على ذلك ما يأتى : (أ) لا يكون التزول نقلًا للملكية من الحائز إلى المالك ، وإلا لوجب قبول المالك ، ولكان التزول تصرفاً صادراً من الجانبين لا تصرفاً صادراً من جانب واحد . (ب) لو كان التزول نقلًا للملكية ، أى أنه يعيد الملكية إلى المالك بعد أن كسبها الحائز ، لكانت تخضع لقواعد الهبة الموضوعية . ولكنه لا يخضع لهذه القواعد ، إذ هو مجرد ترك الحق لصاحبه ، ولا يقتضى أهلية التبرع بل تكفى فيه أهلية التصرف . (ج) ولا يخضع للتسجيل . (د) ولا لرسوم نقل الملكية . أنظر فى ذلك بلانيول وريبير وبيكار لفرة ٧٥٢ ص ٧٤٨ ولفرة ٧٥٣ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ١ لفرة ١١٩٥ - مازو لفرة ١٥١٤ - مارق و رينو لفرة ١٩٧ ص ٢١٠ .

(٣) وهذا بخلاف التزول عن التقادم مقدماً قبل ثبوت الحق فيه ، فقد قلنا أنه لو صح لما كان يعقبه سريان تقادم جديد ، إذ أن الحائز يكون قد نزل مقدماً عن التقادم ، أى نزل عن أى تقادم يسرى فى المستقبل (انظر آنفاً لفرة ٤١١) .

وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٢/٣٨٨ مدني كما رأينا (١) ، على أن هذا النزول لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضرار بهم . وفي هذا تطبيق لقواعد الدعوى البولصية على تصرف قانوني صدر من المدين ، هو نزوله عن التقادم بعد ثبوت حقه فيه . وقد رأينا (٢) من قبل كيف أن المادة ١/٣٨٧ مدني قد طبقت قواعد الدعوى غير المباشرة ، فأزالت الشبهة في جواز استعمال الدائنين لحق مدينتهم في التمسك بالتقادم وهو حق متصل بشخصه ، بل هو رخصة لم ترق إلى مرتبة الحق . والآن نرى أن المادة ٢/٣٨٨ مدني هي أيضاً تزيل الشبهة في جواز الطعن بالدعوى البولصية في نزول المدين عن التمسك بالتقادم ، مع أن نزول المدين هذا تصرف لا يتصل من حقوقه ولا يزيد في التزاماته (٣) ، فكان الواجب ، لولا النص ، ألا يقع هذا التصرف تحت طائلة الدعوى البولصية . على أن القواعد الأخرى للدعوى البولصية يجب تطبيقها هنا بدقة . ومن ثم يشترط أن يكون نزول الحائز عن التمسك بالتقادم ، حتى يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، سبباً في إفسار الحائز أو في زيادة إفساره . فإذا بقي الحائز موسراً بعد النزول عن التقادم ، فلا شأن لدائنيه بهذا النزول ما دامت حقوقهم مكفولة . ولما كان نزول المدين عن التمسك بالتقادم لا يعتبر تبرعاً كما قلنا ، فإنه يشترط ، لعدم نفاذ هذا النزول في حق الدائنين ، أن يكون منطوياً على غش من الحائز وأن يكون المالك الذي صدر لمصلحته هذا النزول على علم بهذا الغش (٤) .

(١) انظر آتفاً فقرة ٤١٠ .

(٢) انظر آتفاً فقرة ٤٠٨ .

(٣) بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢٢٣ .

(٤) وهذه المسائل تختلف فيها كل الاختلاف في فرنسا (انظر بودري وتيسيه فقرة ١١٣ - فقرة ١١٩ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٥٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢٢٦ - مارتى ودينو فقرة ١٩٧ ص ٢١٠) . أما في مصر ، فالنصوص صريحة لا تسح بتريده صدى هذا الاختلاف (انظر في ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٦٢ ص ١١٥ هامش ١) .

هذا وإذا نزل الحائز عن التمسك بالتقادم في الدعوى المرفوعة عليه من المالك قضي للمالك بحقه ، وفات دائي الحائز أن يتدخلوا في الدعوى ليضمنوا بالدعوى البولصية في نزول الحائز ، فإن لم أن يضمنوا في الحكم الصادر في الدعوى بطريق اعتراض الخارج عن المحصورة ، بشرطه

٤١٣ - جواز النزول عن المدة التي انقضت في تقادم مكسب لم

يكتمل : وقد يقع أن الحائز يتزل عن التقادم ، لا قبل سريانه فيكون نزولاً عن التقادم قبل بروت الحق فيه ومن ثم يكون باطلاً ، ولا بعد اكتماله فيكون نزولاً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ومن ثم يكون صحيحاً ، ولكن في أثناء سريان التقادم . وهذا النزول يكون صحيحاً فيما يتعلق بالمدة التي انقضت ، لأنه نزول عن حق في مدة قد انقضت فعلاً . ومن ثم نزول هذه المدة ولا يعتد بها في حساب التقادم ، ويبدأ تقادم جديد يسرى من وقت النزول عن المدة التي انقضت .

والتكييف الصحيح لهذا النوع من النزول إنما هو قطع للتقادم عن طريق إقرار الحائز بحق المالك . ذلك بأن الحائز إذا نزل عن المدة التي انقضت في تقادم لم يكتمل ، إنما يقر بحق المالك ، فيقطع الإقرار التقادم ، ولا يعتد بالمدة التي انقضت كما سبق القول عند الكلام في انقطاع التقادم بالإقرار^(١) .

§ ٢ - الآثار التي تترتب على التقادم المكسب

٤١٤ - التقادم المكسب سبب لكسب الملكية : ليس التقادم المكسب

مجرد قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على أن الحائز هو المالك للعين التي حازها المدة اللازمة للتقادم ، بل هو سبب مباشر لكسب الملكية^(٢) .

— أن يشتروا غش الحائز وتواطؤ مع المالك الذي نزل له عن التمسك بالتقادم (بودرى وتيسيه فقرة ١٢٠) . وقد قدمنا (انظر آنفاً فقرة ص ١٠٦٣) أن الدائنين إذا نجحوا في الطعن في نزول الحائز عن التمسك بالتقادم تطبيقاً لأحكام المادة ٢/٣٨٨ مدى ، فإن عليهم بعد ذلك أن يتسككوا بالتقادم نيابة عن مديهم الحائز تطبيقاً لأحكام المادة ١/٣٨٧ مدى . وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ١٦٠ - فقرة ٦٦٢ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٩٩ - ويترتب على هذا التكييف أنه ما دام النزول من المدة التي انقضت في تقادم مكسب لم يكتمل إنما هو قطع للتقادم ، فالأهلية الواجبة فيه هي أهلية التصرف لا أهلية الإدارة ، إذ أن أهلية التصرف واجبة في قطع التقادم المكسب ، بخلاف التقادم المسقط فتكفي في قطعه أهلية الإدارة (انظر آنفاً فقرة ٣٩٩) .

وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٦٣ .

(٢) انظر شفيق شحاته فقرة ٢٨٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٠٩ ص ٥٣٩ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٣٧٧ - ومع ذلك نرى محكمة النقض تردد في بعض أحكامها أن لتقادم قرينة قانونية قاطعة على الملك . من ذلك ما نصت به من أن الأساس التشريعي للتقادم هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توفر سبب مشروع لتسكك لدى واضع اليد (نقض مدنى ٨ ديسمبر -

فلو أن الحائز كان غير مالك للعين ، وحازها مدة خمس عشرة سنة في التقادم المكسب الطويل . أو خمس سنوات في التقادم المكسب القصير ، وتمسك بالتقادم ، فإن ملكية العين تنتقل من الشخص الذي كان يملكها وقت بدء الحيازة إلى الحائز ، ويصبح هذا الأخير هو المالك ، وسبب انتقال الملكية إليه هو التقادم المكسب الطويل أو التقادم المكسب القصير (١) . وهذا ما تؤكد المادة ٩٦٨ مدني في التقادم المكسب الطويل ، فهي تقول كما رأينا (٢) : « من حاز متقولا أو عقاراً دون أن يكون مالكا له ، أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به ، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة » . فالحائز إذن يكون له « أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني » ، ويتحقق هذا الكسب عن طريق التمسك بالتقادم المكسب الطويل ، فهذا التقادم يكون بناء على ذلك سبباً من أسباب كسب الملكية (٣) . وهذا

سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٩ ص ٦٩ . ومن ذلك أيضاً ما قضت به من أنه إذ كان التقادم المكسب هو في حكم القانون قرينة قانونية قاطعة على ثبوت الملك لصاحب اليد ، كان توافر هذه القرينة لصلحة جهة الوقت دليلاً على أن العين التي تحت يدها موقوفة وفقاً صحيحاً ولو لم يحصل به إشهاد (نقض مدني ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٣ ص ٦٠٢) . وانظر أيضاً نقض مدني ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٢ - ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٩٥ ص ٦١٤ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤٢ ص ٨٣٩ .

(١) ومع ذلك قد يبقى لملك دعوى شخصية يستطيع أن يترد بها العين . ويصعب تصور ذلك في التقادم المكسب الطويل ، إذ أن هذه الدعوى الشخصية ، تقطع بالتقادم المسقط بنفس المدة التي تكسب بها العين بالتقادم المكسب ، وهي خمس عشرة سنة . ولكن يمكن تصور ذلك في التقادم المكسب القصير : يشتري شخص عقاراً من غير مالك ، ويكون البيع قابلاً للإبطال أو قابلاً للفسخ ، ويجوز المشتري الطار بحسن نية وبهذا السبب الصحيح خمس سنوات ، فيملكه بالتقادم المكسب القصير . ولكن يستطيع المالك الحقيقي أن يستعمل دعوى البائع في إبطال البيع أو فسخه ، إذ هو دائن له فيكون من حقه أن يستعمل دعوى مدنية ، فيبطل البيع أو يفسخه ، ومن ثم يترد الطار من تحت يده المشتري (أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥٢٤ - ص ٥٢٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٧ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٣٢١٥) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٧١ .

(٣) وقد قضى بأن الملك يوضع اليد واقعة متى توافرت شرائطها القانونية فانها تكفي بذاتها سبباً لكسب الملكية ، وليس ما يمنع مدعى التملك بهذا السبب من أن يستدل بعقده شرائه غير =

ما تؤكدُه أيضاً المادة ١/٩٦٩ ملق في التقادم المكسب القصير ، إذ عمل :
 « إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقارى وكانت مقترنة بحسن
 النية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح ، فإن مدة التقادم المكسب
 تكون خمس سنوات » . فالتقادم بخمس سنوات يكسب إذن الحائز ملكية
 العقار أو الحق العيني العقارى ، وعلى ذلك يكون التقادم المكسب القصير هو
 أيضاً سبب من أسباب كسب الملكية (١) .

والحائز الذى يكسب الملكية بالتقادم يستطيع أن يتمسك بكسبها عن
 طريق الدفع أو عن طريق الدعوى . فإذا رفع المالك عليه دعوى الاستحقاق
 دفع دعواه هذه بالتسك بالتقادم ، فيكون التمسك بكسب الملكية هنا بطريق
 الدفع (٢) كذلك يستطيع أن يتمسك بكسب الملكية بطريق الدعوى ، فلو
 أن العين بعد أن تملكها بالتقادم المكسب خرجت من حيازته ، فإنه يستطيع أن
 يرفع دعوى الاستحقاق على من آلت إليه الحيازة ويتمسك بالتقادم المكسب
 سبباً لكسب الملكية ، فيكون التمسك بكسب الملكية هنا بطريق الدعوى (٣) .

= المسجل على انتقال حيازة العين إليه ، وتكون حيازته في هذه الحالة امتداداً لحيازة سلفه البائع
 له (نقض ملق ٢٥ يونيه سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٣٨ ص ٨٩٠) .
 وانظر نقض ملق ١٧ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٢ ص ١١١ (حتى
 لو أقررت الحيازة بمقتضى وثيقة صوريته أو بطلانه) - استئناف وطنى ٢١ أبريل سنة ١٩١٤
 المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٣ ص ١٨٢ .

(١) انظر بودرى وتيسيه فقرة ٢٦ ص ١٨ - ص ١٩ - مازو فقرة ١٥٠٧ -
 وقارن أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٠ ص ٤٤٣ - ص ٤٤٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت المنازعة إلى إثباتها المالك الأصل للعقار تجاه
 حائزه لاحقة لاكتمال مدة التقادم الطويل المكسب الملكية الحائز ، فإنه لا يمتد بها (نقض ملق
 ٧ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ رقم ٤٧ ص ٣٠٦) .

(٣) وهناك من الشرائع ما لا يجعل التمسك بالتقادم إلا بطريق الدفع ، فيكون التقادم
 أقرب إلى التقادم السقط منه إلى التقادم المكسب ، كالتقادم الرومانى والشرعية الإسلامية .
 قضى القانون الرومانى كان التقادم المكسب الطويل (*praescriptio longi temporis*) ، الذى
 أدخله البريطور إلى جانب التقادم المكسب (*usucapio*) ليسرى على أراضى الأقاليم وعلى
 الأجانب ، لا يعطى في أول الأمر للحائز إلا دافعاً ضد دعوى الاستحقاق التى يرفعها المالك ،
 وإن كان قد انتهى إلى أن يكون دافعاً ودعوى ، فيستطيع الحائز أن يدفع به دعوى الاستحقاق ،
 كما يستطيع أن يرفع هو دعوى الاستحقاق على من يأخذ منه الحيازة (انظر آنفاً فقرة ٣٦٨) .
 وفى الشريعة الإسلامية لا يعطى مرور الزمن للحائز إلا دافعاً ، فإذا دفع عليه المالك دعوى
 الاستحقاق استطاع أن يدفعها بعدم جواز سماع الدعوى لمرور الزمن ، ولكنه لا يستطيع إذا
 خرجت العين من حيازته أن يدفع هو دعوى الاستحقاق على الحائز الجديد ، فيكون التقادم
 فى الشريعة الإسلامية تقادماً مسقطاً لا تقادماً مكسباً (انظر بودرى وتيسيه فقرة ٦٢٠ ص ٤٧ -
 بلانفيل وريير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢١٤) .

٤١٥ - **التقادم المكسب** **بالملكية** **بأثر رجعي** : وإذا كسب الحائز الملكية بالتقادم عن طريق التمسك به ، فإن الملكية تنتقل إلى الحائز ، لا من وقت التمسك بالتقادم أو من وقت اكتمال مدة التقادم فحسب ، بل تنتقل إليه بأثر رجعي من وقت بدء الحيازة التي أدت إلى التقادم . فيعتبر الحائز مالكا للعين التي كسبها بالتقادم من وقت أن وضع يده عليها بنية تملكها ، ويكون مالكا إياها طوال مدة التقادم ^(١) واستناد التقادم بأثر رجعي إلى وقت بدأ سريانه إنما تقضى به طبيعة نظام التقادم ، والمهدف الذي يرمى هذا النظام إلى تحقيقه . فهو يرمى إلى حماية الأوضاع المستقرة ، وقد أخذت هذه الأوضاع تستقر منذ بدأ سريان التقادم . ومن ذلك الوقت أخذ الحائز يظهر بمظهر المالك ويتعامل في العين تعامل المالك فيديرها ويؤجرها ويقبض عمارها ويرتب عليها حقوقا للغير ، فإذا اكتملت مدة التقادم وملك الحائز العين أجموز بعد ذلك أن تناقش هذه الأوضاع التي استقرت ومضت عليها مدة طويلة ، فاطمأنت إليها الناس ؟ الواجب إذن الرجوع إلى الوقت الذي بدأ فيه سريان التقادم ، واعتبار الحائز مالكا للعين من ذلك الوقت ^(٢) .

ويترتب على أن للتقادم المكسب أثرا رجعيا على النحو الذي قدمناه ، وأن الحائز يعتبر مالكا للعين منذ بدء الحيازة ، النتائج الآتية :

(أولا) : أن الحائز الذي يملك العين بالتقادم لا يرد ثمارها للمالك ، حتى لو لم يملك هذه الثمار استقلالاً بالقبض أو بالتقادم . فقد يكون سيء النية ولا يمتنع على قبضه للثمار مدة خمس عشرة سنة ، فلا يستطيع أن يملك الثمار بالقبض لأنه سيء النية ، ولا أن يملكها بالتقادم لأنه لم يمتنع على حيازته إياها مدة خمس عشرة سنة . ومع ذلك لا يرد الثمار للمالك ، وذلك بفضل الأثر الرجعي للتقادم . فقد اعتبر الحائز مالكا منذ بدأ سريان التقادم كما قدمنا ، فتكون العين على ملكه وقت أن أنتجت الثمار فيتملك الثمار باعتبارها مالكا لأصل العين ^(٣) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٨ ص ٧٤٤ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ١٠٣ مكررة - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٨ ص ٧٤٤ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٣٢١٦ - كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١١٩٤ ص ٩٧٢ .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ١٠٣ ص ٨٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٨ ص ٧٤٤ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٣٢١٧ - كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١١٩٤ ص ٩٧٢ - مازو فقرة ١٥٠٩ ص ١٢١٠ - مارق ورينو فقرة ١٩٦ - كاربونيه ص ٢١٤ .

(ثانياً) : إذا رتب المالك ، في خلال مدة التقادم ، حقاً عينياً على العين التي وضع الحائز يده عليها كحق رهن فإن هذا الحق ، إذا اكتملت مدة التقادم وتمسك الحائز به فملك العين ، لا يسرى في حق الحائز (١) . ولا يفسر ذلك إلا الأثر الرجعي للتقادم المكسب ، فإن الحائز يعتبر مالكاً للعين من وقت بدء سريان التقادم ، فلا يكون المالك السابق مالكاً لها في خلال هذا الوقت وهو الوقت الذي رتب فيه حق الرهن ، ومن ثم يكون الرهن صادراً من غير مالك فلا يسرى في حق الحائز بعد أن كسب العين بالتقادم . أما الحقوق العينية التي يكون المالك قد رتبها على العين قبل بدء سريان التقادم ، فإنها تسرى في حق الحائز حتى بعد أن يتملك العين بالتقادم ، إلا إذا كانت قد انقضت بالتقادم المسقط أو انتقلت إلى الحائز بالتقادم المكسب مستقلة عن حق الملكية (٢).

(١) كذلك لو باع المالك العين ، ولكنها بقيت في حيازة الحائز ولم ينقطع التقادم إلى أن اكتملت مدته ، فإن الحائز يعتبر مالكاً للعين من بدء الحيازة ، ولا يسرى في حقه البيع إذ يعتبر صادراً من غير مالك . وتنتج الحيازة أثرها في حق المالك وفي حق المشتري منه ، دون أن يكون الحائز مضطراً إلى ابتداء حيازة جديدة في حق المشتري من المالك ، فالحيازة القديمة تكفي مادامت لم تنقطع . وإذا وقف المالك العقار في خلال مدة التقادم واكتملت المدة ، فإن الحائز ينقطع العقار بالتقادم للمدعي ولا يسرى الوقف في حقه . وقد قضى بأنه إذا وضع شخص يده على عقار ، ثم حصل وقف العقار بمعرفة مالكة الأصل وظلت يد الحائز قائمة دون المالك الأصل ، تمسك الحائز العقار بعد التقادم للمدعي ، ولا يسرى الوقف في حق الحائز (ملخص الكلية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ الخامسة ١٠ رقم ٢٢٧ ص ٤٧٠) .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ١٠٣ ص ٨٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٨ ص ٧٤٤ - كولان وكايتان ودی لاموراندير ١ فقرة ١١٩٤ ص ٩٧٢ - مازو فقرة ١٥٠٩ - ١٥١٠ - مارت ورينو فقرة ١٩٦ . فإذا رتب المالك قبل بدء سريان التقادم حق رهن على العين ، فإن تمسك الحائز العقار بالتقادم لا يستتبع انقضاء الرهن ، بل يبقى الرهن قائماً حتى يزول بسبب من أسباب انقضائه ، كما إذا انقضى بانقضاء الدين المضمون به . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا وضع شخص يده على عقار مرهون المدة الطويلة المكسبة للملكية ، فإن تملكه العقار لا يستتبع حتماً انقضاء الرهن ، بل يكون للدائن المرتهن الحق في نزع ملكية العقار وفاء لدينه . ولا يصح القول بأن وضع اليد على ذلك العقار المدة الطويلة يكسب ملكية العقار وملكه الرهن ، إذ هذا يؤدي إلى إهدار حق الدائن المرتهن الذي كلفه نص المادة ٥٥٤ مدني من استيفاء حقه بالأولوية والتقدم من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون ، كما أن فيه إجازة لسقوط الرهن مستقلاً عن الدين المضمون به مع أنه تابع له لا يتنقض إلا بانقضائه (نقض مدني ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٣٠١) . وانظر أيضاً استئناف ملخص دوائر

(ثالثاً) : إذا رتب الحائز ، في خلال مدة التقادم ، حقاً عينياً على العين التي حازها ، ثم تملك العين بالتقادم ، فإن هذا الحق يصبح نافذاً دائماً (١) .
والأثر الرجعي أيضاً هو الذي يفهم ذلك ، فإذا الحق العيني الذي رتبه الحائز في خلال مدة التقادم كان صادراً من غير مالك إذ أن مدة التقادم لم تكن قد

صحيحة ١٧ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٧٧ - استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٨ - ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٣٠ - ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٩٧ .
وكالمرحوم سائر الحقوق العينية التابعة كحق الاختصاص وحقوق الامتياز ، ولم يقرر المشرع المصري ، كما قرر المشرع الفرنسي في المادة ٢٨٨٠ مدني فرنسي ، سقوط الرهن والامتياز بالتقادم (محمد علي عرفه ٢ فقرة ١٥٩ ص ٢٩٩) . أما إذا قرر المالك قبل بدء سريان التقادم حقاً عينياً أصلياً ، كحق انتفاع أو حق ارتفاق ، فإذا لم يستعمل المتفع أو صاحب العقار المرتفع حق الانتفاع أو حق الارتفاق طوال مدة الخمس عشرة سنة مدة التقادم الطويل ، فإن الحائز يكسب ملكية العين خالية من حق الانتفاع أو حق الارتفاق ، إذ يكون قد كسب الملكية بالتقادم الطويل المكسب ، وسقط حق الانتفاع أو حق الارتفاق بعدم الاستعمال أو التقادم المسقط .
ويلاحظ هنا أن التقادم المسقط يكتمل مستقلاً عن التقادم المكسب وإن كانت مدتهما واحدة ، فقد يمتدّ أحدهما من التقادم سبب الوقف أو للانقطاع لا يمتدّ من التقادم الآخر . ويلاحظ أيضاً أنه كما يسقط حق الانتفاع بالتقادم المسقط ، فإنه يجوز كذلك كسبه بالتقادم المكسب ، وذلك إذا وضع الحائز يده على العين باعتبارها غير مثقلة بحق الانتفاع ، فيكون قد وضع يده على كل من الرقبة وحق الانتفاع وملك كلاهما بالتقادم المكسب الطويل . أما حق الارتفاق هنا فلا يرد عليه إلا عدم الاستعمال أو التقادم المسقط ، فيسقط به . وإذا كان لدى الحائز سبب صحيح وكان حسن النية ، فإنه يملك العقار بخمس سنوات مدة التقادم القصير ، وفي هذه الحالة يبقى العقار منفصلاً بحق الارتفاق أو بحق الانتفاع لأن أيّاً من الحقيقتين لم يسقط بعدم الاستعمال إذ لم يمتدّ من تركه إلا خمس سنوات . ولكن يجوز أن يتسلّك الحائز بالتقادم القصير حق الانتفاع إذا وضع يده على العقار باعتباره غير مثقل بهذا الحق ، أما حق الارتفاق هنا فلا يرد عليه إلا عدم الاستعمال أو التقادم المسقط ومدته خمس عشرة سنة . وإذا كسب الحائز حق الانتفاع بالتقادم القصير ، فإنه يكسبه مستقلاً عن حق الرقبة ، وإن كانت مدة التقادم القصير في كل منهما واحدة ، فقد يمتدّ من تقادم حق الانتفاع أو تقادم الرقبة سبب الوقف أو للانقطاع لا يمتدّ من تقادم الآخر (انظر أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥٢٣ - ص ٥٢٤ - بودري وتيسيه فقرة ٦٩٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٦ - اسماعيل غام ص ١٣٢ - ص ١٣٣) .

(١) بودري وتيسيه فقرة ١٠٣ ص ٩٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٨ ص ٧٤٤ - بلانيول وريبير وبولاجيه ١ فقرة ٣٢١٧ - كولان وكايتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١١٩٤ ص ٩٧٣ - مازو فقرة ١٥٠٩ - مارتى وريينو فقرة ١٩٦ - كاربونيه ص ٢١٤ .

اكتملت ، فكان ينبغي أن يبقى معتبراً أنه صدر من غير مالك حتى بعد اكتمال مدة التقادم لو أن التقادم المكسب لم يكن له أثر رجعي . أما وهذا التقادم له أثر رجعي ، فإن الحائز يعتبر مالكا للعين من وقت بدء سريان التقادم ، فيكون مالكا لها وقت أن رتب الحق العيني ، ومن هنا يصبح هذا الحق نافذاً باتاً كما سبق القول .

١٦ - تخلف التزام طبيعي عن التقادم المكسب : وكما يتخلف التزام

طبيعي عن الالتزام الذي ينقضي بالتقادم المسقط ، وقد صرحنا بذلك المادة ١/٣٨٦ مدني إذ تقول : « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي » (١) ، كذلك يتخلف التزام طبيعي عن الحق الذي يكسب بالتقادم المكسب . فإذا ملك الحائز العين بالتقادم المكسب ، ولم يكن قبل التقادم مالكا لها ، فإنه بالرغم من تملكه العين بالتقادم يبقى ملتزماً التزاماً طبيعياً نحو المالك الحقيقي برد العين إليه (٢) .

والآثار التي تترتب على هذا الالتزام الطبيعي هي نفس الآثار التي تترتب على أي التزام طبيعي . وأهم هذه الآثار هي : (١) يجوز للحائز أن يوفى مختاراً وعن بينة من أمره بالتزامه الطبيعي ، فبرد العين . فإذا كان الحائز ، بعد التمسك بالتقادم وكسب الحق ، قد استجاب للداعي ضميره فرد العين إلى مالكيها الحقيقي ، كان هذا وفاء لالتزام طبيعي وليس تبرعاً . ومن ثم لا يشترط في هذا الوفاء شكل خاص ، ولا تشترط أهلية التبرع ، ولا يجوز للحائز أن يسترد العين بعد ردها للمالك الحقيقي (٣) ونفى عن البيان أن الالتزام الطبيعي

(١) انظر في تاريخ النص وفيما يقابله في التقنين المحدث السابق وثائق التقنينات المدنية العربية الأخرى الوسيط ٣ فقرة ٦٦٤ - وانظر في تخلف الالتزام الطبيعي عن التقادم المسقط الوسيط ٣ فقرة ٦٧٥ - فقرة ٦٨٠ .

(٢) أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ هامش ١ - بودري وتيسيه فقرة ١٠٤ ص ٩٠ - ص ٩١ بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٤ ص ٧٤٢ - مازو فقرة ١٥١٣ .

(٣) بودري وتيسيه فقرة ١٠٤ ص ٩١ - أما إذا كان الحائز قد رد العين للمالك الحقيقي قبل التمسك بالتقادم ، فإن ذلك يكون تنفيذاً لالتزام مدني لا لالتزام طبيعي ، لأنه لم يملك العين بالتقادم إذ هو لم يتسكك به ، فيبقى التزامه بالرد التزاماً مدنياً (بودري وتيسيه فقرة ١٠٤ ص ٩١ - ص ٩٢) . وحل ذلك لا يستلج بعد أن يرد العين للمالك الحقيقي أن يستردا منه حتى لو كان قد ردها عن غلط ، كأن كان وقت أن ردها لا يعلم باكتمال مدة التقادم كان يظن أن المدة لا تزال سارية دون أن تكتمل . وكان يستطيع استردادها لو أنه ردها عن غلط تنفيذاً للالتزام الطبيعي الذي تخلف في ذمة (الوسيط ٣ فقرة ٦٦٥ ص ١١٥٤) .

لا يتخلف في ذمة الحائز ، إلا إذا كان هذا الأخير لا يملك العين قبل التنازل واعتمد في تملكها على التمسك بالتنازل . فيكون ضميره في هذه الحالة هو الرقيب عليه ، فقد يدعوه إلى رد العين لملكها الحقيقي حتى يأخذ كل ذي حق حقه . ويكون هنا قد وفي بالتزام طبيعي . أما إذا كان يملك العين قبل التنازل ، وإنما لجأ إلى التمسك بالتنازل تخففاً من عبء إثبات ملكيته للعين ، فلا محل للقول بتخلف التزام طبيعي . بل يملك الحائز العين بالتنازل دون أن يتخلف أي التزام طبيعي عن ذلك . فالأمر إذن موكول إلى ضمير الحائز ، يهديه إلى ما يجب عليه أن يفعله ^(١) . (٢) يجوز كذلك اتخاذ الالتزام الطبيعي المتخلف في ذمة الحائز سبباً صحيحاً لإنشاء التزام مدني . فإذا كان الحائز ، بدلاً من أن يرد العين فعلاً لملكها الحقيقي ، تعهد بأن يردها إليه ، فانه ينشئ بهذا التعهد التزاماً مدنياً في ذمته يجبر على الوفاء به . ويجب أن يكون قد قصد أن يلتزم برد العين التزاماً مدنياً ، فلا يكفي مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي في ذمته ^(٢) . (٣) ولكن لا تجوز كفاالة الالتزام الطبيعي المتخلف في ذمة الحائز ، إذا قصد بالكفاالة أن يترتب في ذمة الكفيل التزام مدني يضمن الالتزام الطبيعي . ولكن إذا كفّل الكفيل هذا الالتزام الطبيعي وهو يعتقد أنه التزام مدني ، فان التزاه يكون التزاماً طبيعياً مثل الالتزام الأصلي ، إذ لا يصح أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين ^(٣)

المبحث الثاني

الحيازة بحسن نية باعتبارها سبباً لكسب الملكية

المطلب الأول،

كسب ملكية العقار

(التنازل المكسب القصير في العقار)

٤١٧ - نص قانوني : تنص المادة ٩٦٩ مدني على ما يأتي .

١ - إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح ، فان مدة التنازل المكسب تكون خمس سنوات .

(١) الوسيط ٣ فقرة ٦٧٦ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٦٧٧ .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٦٧٩ ص ١١٧٢ .

٢١ - ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقى الحق .

٣٠ - والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحب للحق الذي يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلا طبقا لقانون (١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ١٠٢/٧٦ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الثالثة من النص كانت في المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى : « والسبب الصحيح لا يفترض وجوده ، ويصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحباً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلا طبقاً لقانون » . وقد حذفت لجنة المراجعة من النص و فقرته الثالثة عبارة « لا يفترض وجوده » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ١٠٤٤ في المشروع الجالى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٤ - ص ٤٩٦) .

(٢) التقنين المدني السابق م ١٠٢/٧٦ : تحصل ملكية العقارات والحقوق العينية لمن وضع يده عليها بنفسه أو بوكيل عنه بغير منازع مدة خمس سنوات متواليات بصفة مالك ، بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنياً على سبب صحيح . . . (وأحكام التقنين المدني السابق تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد ، ويؤخذ على نص التقنين المدني السابق أنه أغفل اشتراط حسن النية ولم يحدد معنى السبب الصحيح ولم يعرض لمسألة التسجيل ، وقد تدارك التقنين المدني الجديد هذه العيوب : المذكورة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٨ - ص ٤٩٩) . وقد جرى القضاء في عهد التقنين المدني السابق على اشتراط حسن النية بالرغم من إغفال النص لهذا الشرط : استئناف وطنى ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٥٣ - أسيوط الكلية ٢٧ يونيه سنة ١٩٢٥ المحاماة ٧ رقم ٢١ ص ٣٨ - استئناف مخطوط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٣٤٠ - ٧ يونيه سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٣٠٠ - ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠٣ - ٣ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٧١ - ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٠ - ٣٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٠ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣١ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٢٠ - ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٤٨ - ١٣ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٦ - ٢٥ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٨٧ - ٢٩ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٩٩ - ٢٠ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٣ - ١٤ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٢٢ - بل إن هناك حكماً شاذاً من محكمة الاستئناف المختصة يقضى باشتراط حسن نية حتى في التقادم المكسب الطويل (استئناف مخطوط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٨) ، ولكن المحكمة ما لبثت أن رجعت إلى الرأى الصحيح وتواترت أحكامها على أن حسن النية غير لازم في التقادم للمكسب الطويل (استئناف مخطوط ٢٥ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٨٧ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٦ - ١٠ فبراير سنة ١٩٢١ م ٢٣ ص ١٧٢ - ٢٥ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٩١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩١٨ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٧٣ - وفي التقنين المدني العراقي م ٣٠٢/١١٥٨ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٧ (١) .

والصورة المألوفة لتطبيق النص سالف الذكر هي أن يبيع غير المالك عقاراً باعتبار أنه هو المالك ، ويكون المشتري حسن النية أى يعتقد أن البائع مالك للعقار ، فإذا حاز المشتري العقار فإنه لا يحتاج في تملكه إياه إلى التقدم المكسب الطويل ومدته خمس عشرة سنة . بل يكفي في تملكه للعقار بالتقدم المكسب القصير ومدته خمس سنوات فقط . والسبب في تقصير مدة التقدم ، وجعلها خمس سنوات بدلاً من خمس عشرة سنة ، هو أن الحائز هنا يمتاز عن الحائز في التقدم المكسب الطويل بأنه حسن النية وعنده سبب صحيح يدعم حسن نيته . وهذا كله في العقار ، أما في المنقول فإن من يشتريه من غير مالك ويكون

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩١٨ (تطابق المادة ٩٦٩ مدنى مصرى و فقرتها الأوليين . أما الفقرة الثالثة من المادة ٩١٨ مدنى سورى فتجرى على الوجه الآت : هو السبب الصحيح هو سند أو حادث يثبت حيازة العقار بأحدى الوسائل التالية : الاستيلاء على الأراضى المراث ، انتقال الملك بالإرث أو الوصية ، الحبة بين الأحياء بدون عوض أو بموضع ، البيع أو الفراغ . و ظاهر أن السبب الصحيح و التقنين السورى أوسع بكثير من السبب الصحيح فى التقنين المصرى) .
التقنين المدني الليبي م ٩٧٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقى م ٣٠٢ / ١١٥٨ - ٢ / ١١٥٨ : وإذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيى عقارى ، وكان غير مسجل و دائرة الطابور وافترنت الحيازة بحسن النية واستندت فى الوقت ذاته إلى سبب صحيح ، فإن المدة التى تمنع من سماع الدعوى تكون خمس سنوات . ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت نلقى الحق . ٢/١١٥٨ : والسبب الصحيح هو سند أو حادث يثبت حيازة العقار بأحدى الوسائل الآتية : (أ) الاستيلاء على الأراضى المراث . (ب) انتقال الملك بالإرث أو الوصية . (ج) الحبة . (د) البيع أو الفراغ . (والتقنين العراقى ، و تحديد السبب الصحيح ، يوافق التقنين السورى ، وهو أوسع من التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٧ : يكتب حق القيد و السجل العقارى ، فيما يتعلق بالعقارات والحقوق غير المقيدة فى السجل العقارى ، يوضع يد الشخص بصورة هادئة طنية مستمرة مدة خمس سنوات ، هو بنفسه أو بواسطة شخص آخر لحسابه ، بشرط أن يكون لدى واضع اليد سبب محقق . . . (وأحكام القانون البنائى تتفق مع أحكام التقنين المصرى ، ولم يصرح القانون البنائى بشرط حسن النية) .

حسن النية يملكه في الحال بمجرد الحيازة كما سيأتى ، وذلك بموجب القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية .

فالقانون هنا يعالج حالة خاصة ، هى حالة من يتلقى الملكية من غير مالك بسبب صحيح وهو حسن النية . وقد وجدته جديراً بالعناية ، وأراد أن يحصنه من مطالبة المالك الحقيقى له . فلم ير أن يجعله معرضاً لهذه المطالبة طوال مدة الخمس العشرة سنة وهى المدة اللازمة للتملك بالتقادم المكسب الطويل ، بل قصر هذه المدة إلى خمس سنوات فى العقار ، وألغاهها أصلاً فى المنقول فيتملك الجائر المنقول بمجرد الحيازة ، وذلك كله جزاء على حسن النية المدعوم بالسبب الصحيح . فالتقادم المكسب القصير فى العقار ، ومدته خمس سنوات ، أريد به تغطية من يتعامل فى العقار مع غير المالك ، فيصبح بعد انقضاء هذه المدة القصيرة كأنه تعامل مع المالك ^(١) .

والتقادم المكسب القصير ، على النحو الذى بيناه يشترك فى أكثر قواعده مع التقادم المكسب الطويل ، ثم ينفرد بقواعد خاصة به .

٤١٨ - القواعد التى يشترك فيها التقادم المكسب القصير مع التقادم

المكسب الطويل : الأصل أن قواعد التقادم المكسب الطويل تسرى على التقادم المكسب القصير ، إلا فيما استثنى بنص خاص . وعلى ذلك يسرى على التقادم المكسب القصير قواعد التقادم المكسب الطويل فيما يتعلق بالأمور الثلاثة الجوهرية الآتية : (١) كيف يتحقق التقادم . (٢) أعمال التقادم . (٣) الآثار التى ترتب على التقادم . وقد سبق أن طبقنا نفس القواعد على كل من التقادم الطويل والتقادم القصير فى مناسبات مختلفة .

١ - فيما يتعلق بتحقيق التقادم ، يتحقق التقادم المكسب القصير طبقاً للقواعد التى يتحقق بها التقادم المكسب الطويل . فيجب أن يكون العقار الخاضع للتقادم المكسب القصير عقاراً قابلاً للتعامل فيه ، وقابلاً للحيازة ^(٢) . ومن

(١) فالتقادم المكسب القصير ، إلى جانب حمايته لاستقرار التعامل ويشترك فى ذلك مع التقادم المكسب الطويل (أنظر آتفاًقرة ٣٦٧) ، يحى أيضاً الجائر حسن النية المستند إلى سبب صحيح ، فيتملك هذا الجائر العقار بخمس سنوات بدلاً من خمس عشرة سنة (بلانيول وريير ويكار ٣ قرة ٧٠٠) .

(٢) آتفاًقرة ٣٧٣ .

ثم لا يسرى التقادم المكسب القصير على الدومين العام (١) ، ولا على الدومين الخاص (٢) ، ولا على الوقف الخيري (٣) . ويجب أن يخضع العقار لحيازة مستوفية لعنصرها المادى والمعنوى ، وخالية من العيوب (٤) . ومدة التقادم . وهى خمس سنوات فى التقادم القصير كما قدمنا ، لا يجوز الاتفاق على تعديلها . وتحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات ، ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل بانقضاء آخر يوم منها (٥) . ويبدأ سريان التقادم من اليوم التالى لليوم الذى بدأت فيه الحيازة (٦) ، ولا يسرى فى الحقوق المعلقة على شرط واقف إلا من وقت تحقق الشرط ، ولا فى الحقوق المقرنة بأجل إلا من وقت حلول الأجل (٧) ، ولا فى الحقوق الاجمالية إلا من وقت تكامل عناصرها (٨) . وإذا ثبت قيام الحيازة فى وقت سابق معين وكانت قائمة حالا ، فان ذلك يكون قرينة على قيامها فى المدة ، ما بين الزمنين ما لم يقم الدليل على العكس (٩) . وتسرى قواعد ضم المدد فى حالة تعاقب الحائزين على الوجه الذى بسطناه فى التقادم الطويل (١٠) . وتسرى قواعد وقف التقادم على النحو الذى قدمناه ، فلا يسرى التقادم القصير ، كما لا يسرى التقادم الطويل ، كلما وجد مانع يتعذر معه على المالك أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أدبيا (١١) ومن أسباب وقف التقادم أسباب تتعلق بالشخص (١٢) ، ومنها أسباب ترجع إلى ظروف مادية اضطرارية (١٣) . كذلك تسرى قواعد انقطاع التقادم ، فينقطع التقادم

(١) أنفاً فقرة ٣٧٤ .

(٢) أنفاً فقرة ٣٧٥ .

(٣) أنفاً فقرة ٣٧٦ .

(٤) أنفاً فقرة ٣٧٨ .

(٥) أنفاً فقرة ٣٨٠ .

(٦) أنفاً فقرة ٣٨١ .

(٧) أنفاً فقرة ٣٨٢ .

(٨) أنفاً فقرة ٣٨٣ .

(٩) أنفاً فقرة ٣٨٤ .

(١٠) أنفاً فقرة ٣٨٥ .

(١١) أنفاً فقرة ٣٨٦ .

(١٢) أنفاً فقرة ٣٨٨ - فقرة ٣٩٠ .

(١٣) أنفاً فقرة ٣٩١ .

(١٤) أنفاً فقرة ٣٩٢ .

القصر بالمطالبة القضائية (١) . وباقرار الحائز بحق المالك (٢) ، وبفقد الحياة (٣) .

٢ - وفيما يتعلق بأعمال التصادم ، يكون إعمال التصادم القصر ، كأعمال التصادم الطويل ، عن طريق التمسك بالتصادم ، فلا تنقض المحكمة بالتصادم القصر من تلقاء نفسها ، بل لا بد من التمسك به (٤) ، ويتمسك به الحائز وكل ذي مصلحة (٥) ، ويجوز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى (٦) . ولا يجوز النزول عن التصادم القصر مقدماً قبل ثبوت الحق فيه (٧) ، ولكن يجوز النزول عنه بعد ثبوت الحق فيه (٨) ، كما يجوز النزول عن المدة التي انقضت في تصادم قصيرة لم يكتمل (٩) .

٣ - وفيما يتعلق بالآثار التي تترتب على التصادم ، تترتب على التصادم القصر نفس الآثار التي تترتب على التصادم الطويل . فالتصادم القصر سبب لكسب الملكية (١٠) ، وهو يكسب الملكية بأثر رجعي (١١) ، ويتخلف عنه التزام طبيعي (١٢) .

(١) آنفاً فقرة ٣٩٥ - فقرة ٣٩٨ .

(٢) آنفاً فقرة ٣٩٩ - فقرة ٤٠٢ .

(٣) آنفاً فقرة ٤٠٣ - فقرة ٤٠٤ .

(٤) آنفاً فقرة ٤٠٧ .

(٥) آنفاً فقرة ٤٠٨ .

(٦) آنفاً فقره ٤٠٩ .

(٧) آنفاً فقرة ٤١١ .

(٨) آنفاً فقرة ٤١٢ .

(٩) آنفاً فقرة ٤١٣ .

(١٠) آنفاً فقرة ٤١٤ .

(١١) آنفاً فقرة ٤١٥ .

(١٢) آنفاً فقرة ٤١٦ - وإذا تملك الحائز العقار بالتصادم القصر ، أصبح في مأمن من دعوى استحقاق ترفع عليه من المالك الأصل العقار . فإذا فرض أن هذا المالك باع العقار وكان البيع قابلاً للإبطال أو للفسخ وباع المشتري العقار لمشتري ثان حسن نية ، ثم أبطل المالك الأصل البيع الأول أو فسخه ، فإن المشتري الأول يعتبر أنه لم يملك العقار أصلاً . وفي هذه الحالة يملك المشتري الثاني العقار بالتصادم القصر إذا بق حائزاً له مدة خمس سنوات ، فقد اشترى من غير مالك وبحسن نية . ولا يستطيع المالك الأصل أن يسترد منه العقار بدعوى استحقاق ، لأن دعوى الاستحقاق هذه يحول دونها تملك الحائز العقار بالتصادم القصر . (بودري وتيسيه فقرة ٦٩٨) . فإذا كان البيع الصادر من المشتري الأول للمشتري الثاني أي نفس السبب الصحيح الذي تلقى به الحائز العقار ، هو أيضاً بيع قابلاً للإبطال أو للفسخ ، فإن المشتري الأول =

ويمكن القول بوجه عام إن جميع القواعد التي تسرى على التقادم الطويل تسرى على التقادم القصير ، فيما عدا مسائل معينة انفرد بها التقادم القصير ، تنتقل الآن إليها .

٤١٩ - القواعد التي تنفرد بها التقادم للسبب القصير : يمكن حصر

هذه القواعد في أربع : المدة التي يتم بها التقادم القصير ، واقتصار التقادم القصير على العقار دون المتقول ، وضرورة قيام السبب الصحيح ، واقتصران السبب الصحيح بحسن النية .

أما المدة في التقادم القصير فهي خمس سنوات بدلا من خمس عشرة سنة كما تقدم القول ، وتحسب على الوجه الذي تحسب به مدة الخمس عشرة سنة في التقادم الطويل ، وقد سبق بيان ذلك ^(١) . ولا تحسب مدة الخمس السنوات إلا من وقت اجتماع السبب الصحيح والحيازة ، فإذا سبقت الحيازة السبب الصحيح أو سبق السبب الصحيح الحيازة . لم تسر المدة إلا بعد أن يتضمن السبب الصحيح إلى الحيازة أو تنضم الحيازة إلى السبب الصحيح .

ويقتصر التقادم القصير على العقار دون المتقول . فلا يخضع لهذا التقادم إلا عقار معين بالذات ، أو حق عيني على عقار كحق الانتفاع بالعقار وحق الارتفاق الظاهر وحق رهن الحيازة العقاري . أما المجموع من المال (universalité) ولو لم يشتمل إلا على عقارات . فلا يخضع للتقادم القصير ، كما لا يخضع للتقادم الطويل فيما قدمنا ^(٢) . فن اشترى من الوارث الظاهر نصيبا في الميراث أي جزءا من مجموع التركة ، وهو حسن النية يعتقد أن البالغ هو الوارث

يستطيع أن يبطله أو يفسخه إذا لم تكن دعوى الإبطال أو دعوى الفسخ قد سقطت ، فيسترد العقار من المشتري الثاني حتى لو سبق هذا حائزاً له مدة خمس سنوات . ولما كان المالك الأصل الذي صدر منه البيع الأول هو دائن للمشتري الأول ، فإنه يستطيع استئصال دعوى مدينه في إبطال البيع الثاني أو فسخه ، فيعود العقار إلى المشتري الأول ، ثم يعود المالك الأصل إلى إبطال أو فسخ البيع الأول الصادر منه ، فيسترد العقار (بودري وتيسيه فقرة ٦٩٩ ص ٥٣٩) . هذا وإذا عجز المالك الأصل عن استرداد العقار بعد أن أبطل أو فسخ البيع الصادر منه للمشتري الأول ، بسبب أن المشتري الثاني حاز العقار وهو حسن النية خمس سنوات ، فملكه بالتقادم القصير ، فإن المالك الأصل يرجع بالتعويض على المشتري الأول (بودري وتيسيه فقرة ٧٠٠) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٨٠ - فقرة ٣٨٦ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٧٣ .

الحقيقي ، لا يملك بالتقادم القصير ما اشتراه ولو كان كله عقاراً . فالتقادم القصير إنما يحول إذن دون دعوى استحقاق عقار بالذات يرفعها مالك هذا العقار ، ولا يحول دون دعوى الإرث يرفعها الوارث الحقيقي (١) .
بقى السبب الصحيح وحسن النية ، وهذان هما دعامتا التقادم المكسب القصير ، فنتاولهما فيما يلي ببحث مفصل .

§ ١ - السبب الصحيح

٤٢٠ - محمّد بن ماضي السبب الصحيح : المفروض أن عقاراً انتقلت حياته إلى شخص ، وأن انتقال الحياة يرجع إلى سبب قانوني يوجب انتقالها . فإذا كان هذا السبب هو تصرف قانوني (acte juridique) ناقل للملكية (translatif de propriété) كالبيع والوصية ، ولكنه مع ذلك لم ينقلها للحائر لأنه صادر من غير مالك (٢) ، وكان ينقلها لو أنه صدر من المالك ، فهذا هو السبب الصحيح (juste titre) في معنى التقادم المكسب

(١) بودري وتيسيه فقرة ٦٥١ - فقرة ٦٥٣ - بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٠ ص ٧١٠ - كولان وكايتان دوى لامورانديير ١ فقرة ١٢٠٣ ص ٩٧٩ - مارتى ورينو فقرة ١٩٨ .

(٢) أي من شخص لم يملك أصلاً ، أو كان مالكاً ولكن ملكيته زالت بأثر رجعي (كاربونييه ص ٢٠٨) . والتصرف الصادر من الوكيل أو النائب مجاوزاً فيه حدود النيابة لا يعتبر تصرفاً صادراً من غير مالك ، فلا يصلح سبباً صحيحاً ، فهو لم يصدر من الأصل ، وكذلك لم يصدر من النائب أصالة عن نفسه بل باسم الأصل (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٢١ ص ٦٤٨ هامش ٢) . وقد قفست محكمة النقض بأنه لما كان السبب الصحيح هو السند الذي يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشئ ، أو صاحباً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم ، وكان الثابت في الوقائع أن هذا البيع الصادر للطعنين إما صدر لهما من وكيل من المالك للأطيان المبيعة ، فإنه لا يتأتى في هذا المقام الاستناد إلى وجود سبب صحيح . وإنما يمين في هذا هذا المجال إعمال ما تقضى به الأحكام الخاصة بالنيابة في التعاقد وبأن آثار الوكالة فيها تقرره هذه الأحكام من أن حل الوكيل أن يقوم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة ، ومن أنه إذا خرج عن حدودها وأبرم عقداً باسم الأصل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات لا يضاف إلى الأصل إلا إذا أجاز التصرف (نقض مدني ١٢ مايو سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٦٠ ص ٣٩١) . وقفست محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا باع وكيل مال الموكل مجاوزاً في ذلك حدود الوكالة ، لم يصلح البيع أن يكون سبباً صحيحاً (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢٢) .

القصير (١). وسمى « صحيحاً » (juste) لأنه كان ينقل الملكية لو صدر من المالك ، لا لأنه خال من أسباب البطلان فسرى أن التصرف القابل للإبطال يعتبر مع ذلك « سبياً صحيحاً » (٢). فالهم في السبب الصحيح هو أن يكون

(١) نقض مدى ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٠ ص ٧٠٠ - استئناف وطى ٥ يناير سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ١٩٠ - ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٧٤ ص ١٧١ - استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ الحاماة ١٧ رقم ٥٣ ص ١٠٣ - استئناف مخطط أول مارس سنة ١٩٢١ م ٢٣ ص ١٩٠ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٠١ - ٨ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٠٦ - ٢٤ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٠ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٣٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المراد بالسبب الصحيح في تلك المقار بالتقادم الخسنى هو كل تصرف قانونى يستند إليه واضع اليد في حيازته للمقار ، ويجعل وضع يده عليه حلالاً سليماً من شبه النصب في نظره واعتقاده . والمراد بكون السبب صحيحاً في هذا الباب هو أن يكون بطبيعته ناقلاً للملك لو أنه صدر من مالك أهل التصرف . ولهذا يصلح العقد الباطل بطلاناً نسبياً ، وكذلك العقد المطلق على شرط فاسخ مدة قيام هذا الشرط ، لأن يكون سبياً صحيحاً لتخليك المشتري على أساسه المقار بوضع اليد (نقض مدى ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١) - وانظر نقض مدى ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ١ ص ٤٥٢ رقم ٥١ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦٠ ص ٦٩١ - ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٥ ص ١١٢٩ - ٢٧ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٩٣ رقم ٥٢ - ٢٧ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٢٤٣ (بيع صادر من مالك لا يصلح سبياً صحيحاً) - ٢٢ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ ص ٦٨ (تمسك الراى عليه المزاد بحكم مرسى المزاد ، وهو لم يصدر إلا بعد الحكم بتبعية العين لجهة الوقف ، يعتبر تمسكاً بتصرف صادر من غير مالك ، فيصلح هذا التصرف لأن يكون سبياً صحيحاً) - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ ص ٧٠٣ ص ٧٠٣ (مقدار يحوز به واضع اليد خارجاً عن عقد شراء قنبر حيازته غير مستقلة إلى سبب صحيح . فلا يملكه الحائز إلا بالتقادم الطويل) - ٢٨ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٦٢ ص ٣٩٨ (تصرف صادر من مالك لا يصلح سبياً صحيحاً) . وإذا باع المالك حل الشيوع جزءاً من المقار مفزراً ، فلا البيع يعتبر صادر من غير مالك فيصلح أن يكون سبياً صحيحاً (نقض مدى ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٢ ص ٤٢٣ - ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٨٢ ص ٦٥٥) .

وقضت محكمة النقض بأن السبب الصحيح اللازم توافره لتسلك بالتقادم الخسنى هو امتنع

صادراً من غير المالك على اعتبار أنه هو المالك فيتعاقد بالأصالة عن نفسه ، ولا يهم بعد ذلك أن يكون القصد مشوباً بعيوب أخرى أو غير مشوب مادام له وجود قانوني . ولأنه صادر من غير المالك فهو لا ينقل الملكية إلى الحائز ، ومن أجل ذلك شرع التقادم المكسب القصير لحماية الحائز حسن النية الذي صدر له هذا السبب الصحيح . فان هذا الحائز ، إذا كان لا يكسب الملكية بموجب هذا التصرف القانوني ، فانه يكسبها بتقادم قصير مدته خمس سنوات فقط رعاية لحسن نيته ، حتى لا يبقى معرضاً لدعوى استحقاق يرفعها عليه المالك الحقيقي طوال خمس عشرة سنة ، إذالم يفتح له القانون إلا باب التقادم المكسب الطويل أسوة بالحائز سيء النية أو الحائز حسن النية ولكن ليس معه هذا السبب

عليه المادة ٣/١٦٩ مدني «صدر من شخص لا يكون مالكا لشيء أو صاحباً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون » . والمتصرف الذي لا يملك مالكا في الحق المقصود بهذا النص هو شخص يكون غير مالك للشيء ويستحيل عليه أن ينقل ملكيته إلى من تصرف إليه ، ولعل ذلك أن التملك بالتقادم القصير المدة إما شرع لحماية من يتعامل بحسن نية مع شخص لا يستطيع أن ينقل إليه الملكية . ومن ثم فان البائع إذا كان سده عقداً غير مسجل صادراً إليه من المالك الحقيقي ، فانه لا يكون المشتري أن يتسكك بتملك المبيع بالتقادم الخسري لأن البائع وإن كان لا يعتبر مالكا إلا أنه يستطيع الحصول على الملكية بتسجيل القصد الصادر له من المالك أو مطالبة المالك مطالبة قضائية بتنفيذ التزامه عيناً بنقل الملكية إليه وتسجيل الحكم الذي يصدر به ذلك (نقض مدني ٢١ يناير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢ ص ١٧٢) . وقضت أيضاً بأنه لا يعتبر سبباً صحيحاً عقد البيع الصادر إلى الزوجة لا أصالة عن نفسها بل باعتبارها اسماً مستعاراً ، إذ يشترط في السند الذي يعتبر سبباً صحيحاً أن يكون صادراً إلى المتسكك بالتقادم نفسه (نقض مدني ٥ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٣٨ ص ١٠١٩) .

وانظر في وجوب أن يصدر السبب الصحيح من غير المالك : استئناف مخطط ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٤٣ ص ٦١ - أول مارس سنة ١٩٢١ م ٣٢ ص ١٩٠ - ٢ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٦٥ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٠١ - ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠ - ٢٤ يوفيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٠ - ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٦ - ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٤١ - وقارن مع ذلك أحكاماً شاذة تقرر جواز صدور السبب الصحيح من المالك : استئناف مخطط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٤٦ ص ٩٥ - ١٦ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٣٢ - ١٠ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٦٢ - ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٥١ - ٨ يوفيه سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٧٢ - ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٠ .

الصحيح (١) . ولا يقتصر السبب الصحيح على التصرف الناقل للملكية ، فكل تصرف ناقل أو منثىء لحق عيني قابل لأن يكسب بالتقادم ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق الظاهر وحق الرهن الحيازي ، إذا صدر من غير صاحب هذا الحق لشخص آخر ، يعتبر هو أيضاً سبباً صحيحاً . فالعقد الذي ينشئ أو ينقل حق انتفاع ممن لا يملكه ، والعقد الذي يرتب حق ارتفاق ظاهر من غير مالك العقار المرتفق به ، ورهن الحيازة الصادر من غير مالك العقار المرهون ، كل هذه تصرفات تعتبر سبباً صحيحاً لا تنشئ أو تنقل

(١) فإذا كان السبب الصحيح صادراً من المالك ، وكان تصرفاً قانونياً باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فليس هنا مجال تطبيق التقادم المكسب القصير ، والواجب إعماله في هذه الفروض هي قواعد البطلان (مصر الكلية ٢٠ مارس سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٢٩ ص ٥٧ - مازو ققرة ١٥٠٤ ص ١٢٠٦) . على أنه يوجد فرض يجوز فيه إعمال التقادم المكسب القصير ويكون الحائز قد تعامل مع المالك : يبيع المالك العقار ، وقبل أن يسجل المشتري عقده يبيع المالك العقار مرة ثانية لمشتري ثان يسجل عقده ، فننقل الملكية للمشتري الثاني طبقاً لقواعد التسجيل . ثم يسجل المشتري الأول عقده وهو حسن النية ، أي دون أن يعلم أن البائع قد باع العقار مرة ثانية لغيره وأن المشتري الثاني قد سبق إلى تسجيل عقده . ففي هذا الفرض إذا حاز المشتري الأول العقار بعد تسجيل عقده ، فإنه يستطيع أن يملكه بالتقادم القصير ، مع أنه تعامل مع المالك (أنظر في هذا الفرض مازو ققرة ١٥٠٤ ص ١٣٠٦ - ص ١٣٠٧ - نقض فرنسي ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٣ دالوز ١٩٥٤ - ج - ٢٤) . ولكن بحكمة النقض في مصر قد قضت بأنه لا محل لتطبيق التقادم المسمى إذا بيع العقار مرتين لشخصين سجل أحدهما عقده وحاز الآخر الذي لم يسجل عقده المبيع خمس سنوات ، ذلك أن التصرف هنا صادر من مالك ، ويكون التفاضل بين المشتريين المتزاحمين على أساس الأسبقية في التسجيل (نقض مدني ٢٧ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٦ ص ٧٠٧) . وانظر استئناف مصر ٨ أبريل سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٧٧ ص ١٣١ - استئناف عجلط ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ م ٢٥ ص ٤٤٦ - ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢١٤ - محمد علي عرقه ققرة ١٣٤ ص ٢٤١ - عبد المنعم البلدوي ققرة ٥٣٤ ص ٥٧٣ - عبد المنعم فرج الصدة ، ققرة ص ٦٤٩ - ص ٦٥٠ .

أما إذا صدر التصرف من مالك ممنوع من التصرف ، فإن هذا التصرف لا يصلح سبباً صحيحاً لأنه صادر من مالك ولأنه تصرف باطل (م ٨٢٤ مدني - وقانون حسن كيرة ص ١٢٧) . وإذا صدر التصرف من وارث وكانت الشركة مستغرقة ، اعتبر التصرف صادراً من مالك فلا يصلح سبباً صحيحاً ، لأن الوارث يملك أعيان الشركة فور موت المورث ولو كانت الشركة مستغرقة (حسن كيرة ص ١٢٨ - عكس ذلك نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٠ ص ٣٦٥) .

بنائها الحق العيني ، ولكن يستطيع الحائز حسن النية أن يستند إليها ليكسب الحق بالتقادم المكسب القصير (١) .

وإذا كان التصرف القانوني الصادر من المتصرف إلى الحائز يجب أن يكون « سببا صحيحا » ، أى تصرفا ناقلا للملكية على النحو سالف الذكر ، فإن سند المتصرف نفسه الذى استند إليه فى تصرفه للحائز لا أهمية له . فقد يكون هذا المتصرف هو أيضا حسن النية وعنده سبب صحيح لم ينقل إليه الملكية ، وقد لا يكون عنده سبب صحيح ولكنه حسن النية يعتقد أنه يملك العقار الذى يتصرف فيه ، وقد يكون حائزا عرضيا كستاجر وقد باع العقار المؤجر إلى الحائز ، وقد يكون حائزا مسمى النية اختصب العقار وباعه إلى الحائز . فيستوى إذن أن يكون عند المتصرف سند أو ليس عنده سند ، ويستوى أن يكون حسن النية أو مسمى النية ، ويستوى أن يكون حائزا أصيلا أو حائزا عرضيا أو غير حائز أصلا (٢) . والمهم فيه أن يكون غير مالك للعقار non dominus ، أو غير صاحب الحق الذى تصرف فيه للحائز (٣) .

٤٢١ - ما يجزئ سببا صحيحا ، وتطبيقا لما قلناه ، يعتبر على الأخص

سببا صحيحا :

١ - عقد البيع : وهو السبب الصحيح الأكثر شيوعا فى الحياة العملية . فعقد البيع الصادر من غير المالك على اعتبار أنه هو المالك يتماقد بهذه الصفة ، أى بيع ملك الغير ، يعتبر سببا صحيحا ، إذ البيع عقد ناقل للملكية وقد صدر

(١) ومن أجل ذلك عرفت الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ مدنى (آنفاً فقرة ٤١٧) لسبب الصحيح بأنه «سند يصدر من شخص لا يكون مالكا لشيء أو صاحبا لشيء الذى يراد كسبه بالتقادم» . ولو كان نص تشريعى مهمته أن يتولى التعريفات الفقهاء ، لأضاف النص سالف الذكر إلى ما تقدم : وكان ينقل الملكية أو الحق لو أنه صدر من المالك أو صاحب الحق .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٦٥٦ ص ٥٠٣ - بلانويول وريير وبيكار ٣ فقرة ٦٥٦ .

(٣) استئناف مخطط ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣ - ٤ يناير سنة ١٩٢٧

م ٣٩ ص ١٢٤ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٥٥ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ١٤ - وحتى لو كان مالكا وتصرف فى العقار ، ثم فسخت ملكيته لتحقيق شرط فسخ أو بسبب دعوى فسخ أو دعوى إبطال أو غير ذلك ، فزال ملكيته بأثر رجعى ، فإن التصرف الصادر منه فى العقار يعتبر صادرا من غير مالك ، ومن ثم يصلح أن يكون سببا صحيحا .

من غير مالك فتوافرت فيه شروط السبب الصحيح . فشرى العقار من غير المالك ، إذا كان حسن النية ، يملك العقار بالتقادم المكسب القصير إذا دامت حيازته خمس سنوات .

٢ - عقد المقايضة : فلو قايض شخص شخصا آخر متزلاً بأرض ، وكان لا يملك المنزل الذى قايض به ، وكان المقايض الآخر يعتقد بحسن نية أن المقايض الأول يملك المنزل ، فإن المقايض الآخر يتوافر عنده على هذا الوجه السبب الصحيح وهو عقد المقايضة لأنه تصرف قانونى ناقل للملكية ، وحسن النية ، فيستطيع أن يملك المنزل بالتقادم المكسب القصير (١) .

٣ - عقد الهبة : وهو تصرف قانونى ناقل للملكية ، فيصلح أن يكون سبباً صحيحاً . فلو وهب شخص عقاراً لآخر وكان لا يملك هذا العقار ، ولكن الموهوب له كان يعتقد أن الواهب يملك العقار الموهوب ، فإن الموهوب له في هذه الحالة يتوافر عنده السبب الصحيح وهو عقد الهبة مع حسن النية ، فيستطيع أن يملك العقار الموهوب بالتقادم المكسب القصير .

٤ - الوصية بعقار معين بالذات : والوصية وإن كانت تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد ولا تنتج أثرها إلا عند الموصى ، إلا أنها مع ذلك تعتبر كالبيع تصرفاً قانونياً ناقلاً للملكية ، ومن ثم تصلح أن تكون سبباً صحيحاً إذا صدرت من غير مالك . فلو أن الموصى كان لا يملك العقار الذى أوصى به ، وكان الموصى له وقت موت الموصى يعتقد أن الموصى يملك العقار ، فإن الموصى له يكون قد توافر عنده ، إلى جانب السبب الصحيح وهو الوصية ، حسن النية ، فيستطيع أن يملك العقار الموصى به بالتقادم المكسب القصير (٢) .

٥ - رسو مزاد العقار المحجوز عليه (adjudicatim sur saisie) وهو بمثابة بيع ، البائع فيه هو المدين والمشتري هو الراعى عليه المزاد ، فيكون تصرفاً قانونياً ناقلاً للملكية ، ومن ثم يصلح أن يكون سبباً صحيحاً . فلو أن العقار كان غير مملوك للمدين ، ورسا مزاده على شخص يعتقد أنه مملوك للمدين ، فقد توافر عند الراعى عليه المزاد السبب الصحيح وهو رسو المزاد ، وحسن

(١) استئناف مخطوط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٤٦ ص ٩٥ .

(٢) ونرى فيما يلى أن قسمة المورت ، باعتبارها وصية بأعيان معينة ، تصلح هي أيضاً أن تكون سبباً صحيحاً (أنظر آنفاً فقرة ٤٢٢) .

النية ، وعلى ذلك يجوز أن يملك العقار الذى رسا مزاده عليه بالتقادم المكسب القصير (١).

٦ - الوفاء بمقابل (dation en paiement) : وهو أيضا تصرف قانونى ناقل للملكية كالبيع ، فيصلح أن يكون سببا صحيحا (٢). فلو أن المدين وفى دينه بمقابل هو عقار ، وكان لا يملك هذا العقار ، وكان الدائن حسن النية أى يعتقد أن العقار مملوك للمدين ، فإن الدائن يكون على هذا النحو قد توافر عنده السبب الصحيح وهو الوفاء بمقابل الصادر من غير مالك ، وحسن النية ، ومن ثم يستطيع أن يملك العقار بالتقادم المكسب القصير .

٧ - تقديم الشريك عقارا حصة له فى الشركة (apport en société) : وهذا أيضا تصرف قانونى ناقل للملكية ، إذ أن الشريك ينقل بهذا التصرف ملكية العقار للشركة . فلو أن الشريك كان لا يملك العقار ، ومع ذلك قدمه حصة له فى الشركة ، فإن تقديم العقار على هذا النحو يعتبر سببا صحيحا . وعلى ذلك إذا كانت الشركة حصة النية أى تعتقد أن العقار مملوك للشريك ، فإنها بذلك تكون قد توافر عندها السبب الصحيح وهو تقديم العقار حصة فى الشركة وحسن النية ، فستطيع أن تملك العقار بالتقادم المكسب القصير (٣) .

(١) استئناف مخطط ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٦٦ - ١٧ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٣ ص ٣٤٥ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٩ - ٤ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٢٤ - ٢٤ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٥٢ - ٤ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٣٥ - أما إذا كان الرأى عليه المزداد من النية ، فإنه لا يملك بالتقادم القصير (نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٥٢٠) .

(٢) أما الوفاء فلا يعتبر سببا صحيحا ، إلا إذا كان ناقلا للملكية وهذا نادر (بودرى وتيسيه فقرة ٦٥٧ - كولان وكايتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٩٧ ص ٩٧٥) .

(٣) وفى رأينا أن الأخذ بالشفعة يصلح أن يكون سببا صحيحا . فلو أن عقارا باعه غير مالك لمشتري حسن النية ، فأخذه شفع بالشفعة وهو حسن النية أى يعتقد أن العقار مملوك للبائع ، فإن الشفع يستطيع أن يستند إلى الشفعة باعتبارها سببا صحيحا وإلى حسن نيته ، فيملك العقار بالتقادم المكسب القصير . ونحتاج للرأى الذى نقول به بأمرين : (أولا) أن الشفعة واقعة مركبة ، ويدخل فى تركيبها إرادة الشفع فى أن يأخذ بالشفعة ، وهذه الإرادة هى تصرف قانونى ناقل للملكية . (ثانيا) أن الشفع يحل محل المشتري فى جميع حقوقه ، ومن حق المشتري حسن النية الذى اشترى من غير مالك أن يملك العقار المبيع بالتقادم المكسب القصير ، فكذلك الشفع الذى حل محله يستطيع هو أيضا أن يملك العقار بالتقادم المكسب القصير - أنظر استئناف مخطط ٢٦ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٣٨ - منصور مصطفى منصور - فقرة ١٧٩ ص ٤٢٠ - وقرب إسماعيل غانم ص ١٢٠ .

٤٢٢ - **ماله يعتبر سبباً صحيحاً** : ولما كان السبب الصحيح هو ، كما قلنا ، تصرف قانوني ناقل للملكية ، فلا يكون سبباً صحيحاً الوقائع المادية إذ هي ليست بتصرفات قانونية ، ولا التصرفات القانونية التي تقتصر على إنشاء التزامات شخصية ، ولا التصرفات القانونية التي لا تنقل الملكية ولكن تقتصر على الكشف عنها ^(١) . ومن ثم لا يعتبر ، بوجه خاص ، سبباً صحيحاً :

١ - الميراث في عقار معين بالذات : فهو وإن كان ينقل الملكية ، إلا أنه واقعة مادية هي موت المورث ، وليس تصرفاً قانونياً ، فلا يعتبر سبباً صحيحاً . ويد الوارث إنما هي استمرار ليد المورث ، فإن كان المورث يحوز عقاراً بسبب صحيح وحسن نية ، انتقلت حيازة العقار على هذا النحو إلى الوارث ^(٢) . ويكمل الوارث حيازة المورث فيتملك العقار بالتقادم المكسب القصير ، إذا ضمت مدة حيازة المورث إلى مدة حيازته فبلغت المدتان معاً خمس سنوات . ولكن ذلك لا يرجع إلى أن الميراث سبب صحيح ، فالسبب الصحيح وحسن النية كانا متوافرين عند المورث كما قدمنا ، وانتقلا كما هما إلى الوارث . أما إذا كان المورث عنده سبب صحيح ولكنه لم يكن حسن النية ، أو كان حسن النية ولكن ليس عنده سبب صحيح ، أو لم يكن عنده لا السبب الصحيح ولا حسن النية ، فإن العقار تنتقل حيازته إلى الوارث ولكن لا يستطيع أن يتملكه بالتقادم المكسب القصير ولو كان حسن النية اعتماداً على أن الميراث سبب صحيح (pro herede) . ولا يتملك العقار في هذه الحالة إلا بالتقادم المكسب الطويل ، وله أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه ^(٣) .

(١) والمائلة في تضييق نطاق فكرة «السبب الصحيح» إلى هذا الحد أن السبب الصحيح شرط مستقل عن شرط حسن النية وليس مجرد عنصر من عناصر حسن النية - ولو كان السبب الصحيح عنصراً من عناصر حسن النية ، لكان أي سبب من شأنه أن يجعل الحائز يحوز العقار حيازة صحيحة بنية تملكه كافياً لأن يكون «سبباً صحيحاً» (كاربونييه ص ٢١٨) .

(٢) نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٩ ص ٣١٥ - استئناف مخطئ ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٩٣ - ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٧ - بلانويول وريير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٢ ص ٧١١ .

(٣) أنظر أنفاً فقرة ٣٠١ .

٢ - عقد الإيجار وعقد العارية وعقد الحراسة وعقد الوديعة وعقد الوكالة وغيرها من العقود التي ليس من شأنها أن تنقل الملكية ولا تنشئ إلا التزامات شخصية : فهذه تصرفات قانونية لا تنقل الملكية ، ومن ثم لا تصلح أن تكون سبباً صحيحاً . فالمستأجر أو المستعير أو الخارس أو المودع عنده أو الوكيل ، بالنسبة إلى عقار تلقاه من غير مالك ، لا يستطيع أن يملك هذا العقار بالتقادم المكسب القصير حتى لو غير صفة حيازته العرضية إلى حيازة أصلية ، لأنه أولاً لا يكون حسن النية ، ولأنه ثانياً لا يستطيع أن يستند إلى أى عقد من هذه العقود كسبب صحيح .

٣ - القسمة الاختيارية : فهي تصرف قانوني ولكنه غير ناقل للملكية إذ هو يقتصر على الكشف عنها ، ومن ثم لا تصلح القسمة الاختيارية أن تكون سبباً صحيحاً ^(١) . فإذا دخل في الأعيان المقسومة عقار ليس لمملوكا للمتقاسمين ووقع في نصيب أحدهم بالقسمة ، وكان هذا المتقاسم حسن النية ، فإنه مع ذلك لا يستطيع تملك هذا العقار بالتقادم المكسب القصير استناداً إلى عقد القسمة ، لأن هذا العقد ليس بسبب صحيح كما قدمنا . ولكن إذا تضمنت القسمة معدلاً (soulte) ، بأن قدم أحد المتقاسمين عقاراً خاصاً به لتعديل القسمة ، ولم يكن ما لكا لهذا العقار ، فإن تقديمه إياه يعتبر تصرفاً قانونياً ناقلاً للملكية ^(٢) ، ومن ثم يصلح أن يكون سبباً صحيحاً . وعلى ذلك لو وقع هذا العقار في نصيب أحد المتقاسمين وهو حسن النية ، فإنه يستطيع أن يملكه بالتقادم المكسب القصير ^(٣) . كذلك تعتبر قسمة المورث سبباً صحيحاً ، لأنها تنقل ملكية أعيان معينة (وليس نصيباً شائعاً في التركة) من المورث إلى الوراث . فلو وقع في نصيب أحد الورثة عقار أدخله المورث في القسمة ولم يكن مملوكاً له ، وكان هذا الوراث حسن النية وقت موت المورث ، أمكنه

(١) وكذلك القسمة القضائية لا تصلح أن تكون سبباً صحيحاً ، لأنها هي أيضاً لا تنقل الملكية بل تكشف عنها ، كما سئى (أنظر مايلي نفس الفقرة) عند الكلام في الحكم القضائي وفي أنه لا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً .

(٢) عبد المنعم البدرأوى فقرة ٥٢٣ ص ٥٧١ - إسماعيل غانم ص ١٢٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤١٥ ص ٦٤١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٩ ص ٤٢٢ .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٦٦٢ .

تملك العقار بالتقادم المكسب القصير استنادا إلى أن قسمة المورث تعتبر كالوصية سببا صحيحا (١) .

٤ - الصلح : وهو عقد كاشف عن الملك لا ناقل له ، ومن ثم لا يصلح أن يكون سببا صحيحا . فلو أن عقارات متنازعا عليها بين شخصين وزعت بينهما صلحا ، وكان أحد هذه العقارات مملوكا لشخص ثالث ، فإن من أخذ هذا العقار صلحا لا يملكه بالتقادم المكسب القصير استنادا إلى عقد الصلح ، لأن هذا العقد ليس بسبب صحيح كما قدمنا . لكن إذا أعطى أحد المتصالحين عقارا خاصا به للمتصالح الآخر في مقابل بعض الأعيان المتنازع عليها ، فإن الصلح بالنسبة إلى هذا العقار غير المتنازع عليه يعتبر تصرفا قانونيا ناقلا للملكية . فإذا كان المتصالح الذي أعطى العقار لا يملكه ، استطاع المتصالح الآخر إذا كان حسن النية أن يملكه بالتقادم المكسب القصير استنادا إلى عقد الصلح ، فهو هنا تصرف قانوني ناقل للملكية كما قدمنا ، فيصلح أن يكون سببا صحيحا (٢) .

٥ - الحكم القضائي : وهو كاشف عن الحق لا منشاء له ولا ناقل ، ومن ثم لا يصلح أن يكون سببا صحيحا . فإذا رفع شخص دعوى استحقاق يطالب فيها بعقار ، وحكم له ، فإن هذا الحكم لا يعتبر سببا صحيحا . وعلى ذلك إذا ثبت فيما بعد أن هذا العقار غير مملوك له ولا للمدعى عليه في دعوى الاستحقاق ، ولكنه مملوك لشخص ثالث ، لم يستطع المحكوم له في دعوى الاستحقاق حتى لو كان حسن النية أن يعتبر الحكم الذي صدر لمصلحته سببا صحيحا حتى يملك العقار ضد مالكه الحقيقي بالتقادم المكسب القصير . ومن باب أولى إذا صدر الحكم في دعوى الاستحقاق لمصلحة المدعى عليه الحائز للعقار وقضى برفض دعوى الاستحقاق ، فإن المدعى عليه حتى لو كان حسن

(١) أوبري ورو ٢ ققرة ٢١٨ ص ٥١٠ هامش ٤ - بودرى وتيسيه ققرة ٦٦١ - أنسيكلويدى مالوز ٤ لفظ prescription civile ققرة ٦١ .

(٢) أوبري ورو ٢ ققرة ٢١٨ ص ٥١٠ هامش ٣ - بودرى وتيسيه ققرة ٦٦٤ - كولان وكابيتان ودي لا موراندوير ١ ققرة ١١٩٧ ص ٩٧٦ - ص ٩٧٧ - محمد علي مرقه ٢ ققرة ١٣٥ ص ٢٤٢ - ص ٢٤٣ - عبد المنعم اليدرأوى ققرة ٥٢٣ ص ٥٧١ - إسحاق فاهم ص ١٢٠ - عبد المنعم فرج الصلحة ققرة ٤١٥ ص ٦٤٢ - منصور مصطفى منصور ققرة ١٧٩ ص ٤٢٢ .

النية لا يستطيع أن يعتبر الحكم الذي صدر لمصلحته سببا صحيحا ، وأن يستند إليه لتملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير (١) . وكذلك لا يعتبر سببا صحيحا الحكم الصادر بالقسمه القضائية ، فهو لا ينقل الملكية بل يكشف عنها ، ومن ثم إذا وقع عقار مملوك للغير في نصيب أحد المتقاسمين بموجب حكم القسمه ، لم يستطع هذا المتقاسم ولو كان حسن النية أن يعتبر هذا الحكم سببا صحيحا لتملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير (٢) . وفي قسمه التصفيه (licitation) ، إذا رسا المزاد بحكم قضائي على أحد المتقاسمين ، فإن رسو المزاد يعتبر قسمه كاشفة لا نافذة ومن ثم لا يعتبر سببا صحيحا (٣) . وهذا بخلاف ما إذا رسا المزاد على أجنبي ، فإن حكم رسو المزاد يعتبر بمثابة بيع ناقل للملكية ويصلح أن يكون سببا صحيحا . وكذلك الحكم برسو مزاد العقار المحجوز عليه يعتبر بمثابة بيع ينقل ملكية العقار إلى الراسي عليه المزاد ، ومن ثم يعتبر سببا صحيحا ، وقد تقدم القول في ذلك (٤) .

٤٢٣ - فروض مختلفة في السبب الصحيح : ويبقى بعد ذلك أن نستعرض

فروضا مختلفة في السبب الصحيح ، لنتبين ما إذا كان المتصرف القانوني الناقل للملكية يبقى على اعتباره سببا صحيحا في الفروض الآتية : (١) التصرف القانوني الباطل . (٢) التصرف القانوني القابل للإبطال . (٣) التصرف القانوني الملحق على شرط واقف أو على شرط فاسخ . (٤) التصرف القانوني الظني (putatif) . (٥) التصرف القانوني غير المسجل .

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٠ - بودرى وتيسيه فقرة ٦٦٣ ص ٥٠٧ - ص ٥٠٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٢ ص ٧١١ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٩٠ ص ١٩٢ .

(٢) نقض ملف ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٠ ص ٧٠٠ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٢ ص ٨١٩ .

(٣) استئناف مخطط ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤٧ - نقض فرنسي ١٢ يونيو سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٩ - ١ - ٤٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٢ ص ٧١١ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٩١ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٢١ - ويعتبر سببا صحيحا الحكم بالتصديق على اتفاق المتقاسمين النقل الملكية *invoient convenu ou d'expédient* (محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٩٠ ص ١٩٣) .

٤٢٤ - التصرف القانوني الباطل : إذا كان التصرف القانوني الذي

تلقى الحائز بموجبه حيازة العقار تصرفاً قانونياً باطلاً ، فإن هذا التصرف لا يكون له وجود قانوني ، ومن ثم لا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً (١) . ويستوى في ذلك أن يكون التصرف القانوني باطلاً من ناحية الشكل أو من ناحية الموضوع .

فاذا كان التصرف القانوني باطلاً من ناحية الشكل ، كهبة عقار باطلة لعدم كتابتها في ورقة رسمية أو كوصية باطلة لعدم استيفائها الشكل الواجب قانوناً ، فإن كلا من الهبة والوصية لا يكون له وجود قانوني ، ولا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً . فلو وهب شخص لآخر عقاراً لا يملكه في ورقة غير رسمية ، فإن الهبة تكون باطلة ، ولا يستطيع الموهوب له ولو كان حسن النية أن يعتبرها سبباً صحيحاً ليمتلك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقدم المكسب القصير (٢) . ولكن إذا أمكنت إجازة الهبة الباطلة شكلاً ، فإنها تنقلب إلى هبة صحيحة ، ومن ثم تصلح أن تكون سبباً صحيحاً . وفي هذا الصدد تنص المادة ٤٨٩ مدني على أنه « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعب في الشكل ، فلا يجوز لهم أن يسترخوا ما سلموه » . وقد قدمنا عند الكلام في الهبة أنه إذا نفذ الواهب أو ورثته هبة باطلة في الشكل ، فإنه لا يجوز لهم أن يسترخوا ما سلموه ، لا لأن التنفيذ وفاء للالتزام طبعي ، بل لأنه إجازة بطريقة خاصة نص عليها القانون في المادة ٤٨٩ مدني هبة باطلة في الشكل ،

(١) وكالتصرف الباطل التصرف الصوري ، فلا يصلح سبباً صحيحاً . البيع الصوري لأن المشتري صورياً ليست عنده نية التملك (استئناف وطني ١١ فبراير سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٧٢ ص ١٩٤ - استئناف مخطوط ١٥ يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٨٤) . وانظر محمد كامل مرسى ٤ ص ١٧٤ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٥٣٥ ص ٥٧٤ - إسحاق غانم ص ١٢١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤١٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٩ ص ٤٢٤ - حسن كيرة ص ١٢٥ .

(٢) استئناف وطني ١١ فبراير سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٧٢ ص ١٩٤ - ٢٠ مارس سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٩٧ ص ١٩٩ - أول يونيو سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٩٤ ص ٢٧٣ - استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ الهاماة ١٧ رقم ٥٣ ص ١٠٣ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ الهاماة ٩ رقم ٣٨٦ ص ٩٥١ .

وهذه الإجازة صححت الهبة (١) . وعلى ذلك إذا نفذ الواهب أو ورثته هبة العقار المملوك للغير تنفيذا اختياريا بأن سلموا العقار للموهوب له ، فقد أصبحت الهبة صحيحة وصارت صالحة لأن تكون سببا صحيحا ، واستطاع الموهوب له الذى تسلم العقار إذا كان حسن النية أن يملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير .

وإذا كان التصرف القانونى باطلا من ناحية الموضوع ، لم يكن له وجود قانونى أيضا ، فلا يصلح لأن يكون سببا صحيحا (٢) ، وعلى ذلك لا يكون البيع الباطل لعدم مشروعية السبب أو لصدوره من عديم التمييز سببا صحيحا يميز التملك بالتقادم المكسب القصير . وإذا اشترى قاض أو محام عقارا متنازعا فيه ، وكان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشر أعماله فى دائرتها ، كان الشراء باطلا (م ٤٧١ مدنى) فلا يصلح أن يكون سببا صحيحا . فإذا كان العقار المتنازع فيه غير مملوك للبائع ، فإن المشتري ولو كان حسن النية لا يجوز له أن يستند إلى البيع الصادر له على هذا النحو ، ولا يصح له أن يعتبره سببا صحيحا لتملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير (٣) .

(١) الوسيط ٥ فقرة ٤٦ - أما فى التقنين المدنى الفرنسى ، فنص المادة ١٣٤٠ منه إمكان التنفيذ الاختيارى للهبة الباطلة فى الشكل وإجازة هذه الهبة بوجه عام ، على ورثة الواهب دون الواهب نفسه . ويذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى القول بتخلف التزام طبيعى من الهبة الباطلة فى الشكل فى جانب ورثة الواهب ، ومن لا يصح التنفيذ الاختيارى بطلان الهبة ، فلا تصلح الهبة الباطلة فى الشكل لأن تكون سببا صحيحا حتى بعد أن ينفذها الورثة تنفيذا اختياريا (أنظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٢ هاش ٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٤ ص ٧١٣) . ويذهب بعض آخر إلى أن الهبة الباطلة فى الشكل تصبح صحيحة بتنفيذها تنفيذا اختياريا من جانب الورثة ، ومن ثم تصلح بعد هذا التنفيذ الاختيارى لأن تكون سببا صحيحا (ترو لون ١ فقرة ٩٠١ - جيوار ٢ فقرة ٥٥٧ - لوران ٣٢ فقرة ٣٩٢ - فقرة ٢٩٣ - بودرى وتيسيه فقرة ٦٦٩) .

(٢) لأنه لم يكن ليقبل الملكية لو أنه صدر من المالك (بودرى وتيسيه فقرة ٦٦٨ ص ٥١٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٤ ص ٧١٣) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن صدور الحكم ببطان قرار إنهاء الوقف يقتضى اعتبار الإنهاء عديم الأثر ، ومن ثم فإن صفة الوقف لم تزل عنه وكانت لا صفة به وقت صدور التصرف فيه بالبيع قبل الحكم بذلك البطان ، وبالتالي يكون هذا التصرف قد وقع باطلا بطلانا مطلقا

٤٢٥- التصرف القانوني القابل للإبطال : أما إذا كان التصرف قابلاً

لِلإبطال ، فإنه يكون له وجود قانوني ، ومن ثم يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً ، لأنه كان ينقل الملكية لو أنه صدر من المالك (١) .

فاذا باع قاصر عقاراً مملوكاً للغير ، كان البيع قابلاً للإبطال لمصلحة القاصر . وجاز اعتباره سبباً صحيحاً . فلو أن المشتري كان حسن النية أي يعتقد أن العقار مملوك للقاصر (٢) ، فإنه يجوز له أن يستند إلى البيع الصادر له من القاصر بالرغم من أنه يبيع قابل للإبطال ، وأن يعتبره سبباً صحيحاً يميز له أن يملك العقار المبيع ضد المالك الحقيقي بالتقدم المكسب القصير (٣) .

وإذا باع شخص عقاراً مملوكاً للغير ، وكان البيع يشوبه غلط أو تدليس أو إكراه فكان قابلاً للإبطال لهذا السبب أيضاً ، فإنه يصلح في هذه الحالة أن يكون سبباً صحيحاً . فلو أن المشتري كان حسن النية فإنه يستطيع أن يستند

= ولا يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً في التملك بالتقدم الخمسي (نقض مدني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٧٧ ص ١١٢٤) . وانظر استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢١٣ (مقابلة نافذة لعدم بيان الأعيان المقايض عليها بياناً كافياً) - ١٥ يونيو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٣١٨ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٢٣ .

(١) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٠٤ ص ٧١٣ - مازو فقرة ١٥٠٣ ص ١٢٠٥ نقض فرنسي ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٦ سيريه ١٩٥٦ - ١ - ٧٩٩ - والمقصود هنا أن يكون للتصرف القانوني قابلاً للإبطال لسبب آخر سوى صدوره من غير مالك ، وذلك لأن السبب الصحيح هو تصرف قانوني صادر من غير مالك ، فيكون دائماً قابلاً للإبطال ، كبيع ملك الغير وهبة ملك الغير . ولا شك في أن التصرف القانوني الصادر من غير مالك ، والذي يكون قابلاً للإبطال لهذا السبب ، يصلح أن يكون سبباً صحيحاً ، بل هو عين السبب الصحيح . فالمطلوب بحثه هنا إذن هو ما إذا كان التصرف القانوني القابل للإبطال ، لسبب آخر سوى صدوره من غير مالك ، يصلح أن يكون سبباً صحيحاً . وقد رأينا أنه يصلح لأن له وجوداً قانونياً ، بخلاف التصرف القانوني الباطل الذي لا وجود له .

(٢) حتى لو علم أن البائع قاصر وأن البيع قابل للإبطال لهذا السبب ، فعن نية المشتري لا يتأثر بهذا العلم بالنسبة إلى التقدم المكسب القصير ، مادام المشتري يعتقد أن القاصر يملك العقار المبيع

(٣) استئناف وطني ٣٠ يناير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٢٩ ص ٥٧ - بئ سويف ٨ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣١٩ ص ٥٢٤ - استئناف مختلط ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٨٠

إلى هذا البيع القابل للإبطال وأن يعتبره سببا صحيحا ، فيجوز له أن يملك العقار المبيع ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير (١).

ونرى من ذلك أن التصرف القانوني القابل للإبطال ، النقص في الأهلية أو لعب في الرضاء ، يصلح أن يكون سببا صحيحا في التقادم المكسب القصير . ومن باب أولى يصلح هذا التصرف لأن يكون سببا صحيحا لو أجازته القاصر أو أجازته من تقرر الإبطال لمصلحته : فان التصرف القانوني ينقلب بهذه الإجازة تصرفا صحيحا ، ويصلح بداهة لأن يكون سببا صحيحا . أما إذا أبطل من تقرر الإبطال لمصلحته التصرف القانوني ، فان هذا التصرف يصبح لا وجود له ، فلا يعود صالحا لأن يكون سببا صحيحا (٢) .

٤٢٦ - التصرف القانوني المعلق على شرط واقف أو على شرط

فاسح : أما إذا كان التصرف القانوني الناقل للملكية معلقاً على شرط واقف ، فانه لا ينفذ إلا من وقت تحقق الشرط ، وعلى ذلك لا يصلح أن يكون سبباً

(١) نقض ملق ١٦ يوفيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ - استئناف وطني ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٧٤ ص ١٧١ - استئناف مخطوط ٨ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٤ - ٤ يوفيه سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٤٨٩ ص ٢٠٥ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨٣ - ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣ .

(٢) على أنه في هذا الفرض لا يعود هناك محل للسبب الصحيح ، إذ أن الحائز يرد العقار إلى المتصرف بعد الحكم بإبطال التصرف ، فلا يفسح له المجال لأن يملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير . وقد يستعمل المالك الحقيقي دعوى الإبطال باسم المتصرف لإبطال التصرف القانوني ويتحقق ذلك في الفرض الآتي : يستأجر شخص عقاراً من مالكه ، ثم يبيعه إلى مشتر حسن النية بفقد قابل للإبطال . فيجوز للمشتري في هذه الحالة ، على ما قدمنا ، أن يستند إلى البيع القابل للإبطال كسبب صحيح يحمي له تملك العقار ضد الموجر بالتقادم المكسب القصير . وإذا لم يبادر المشتري الذي باع العقار إلى طلب إبطال البيع واسترداد العقار من المشتري ، جاز للموجر - وهو دائن للمستأجر ، أن يطلب باسم مدينه إبطال عقد البيع وإرجاع العقار للمستأجر ، ثم استرداده منه بدعوى الإيجار (بودري وتيسيه فقرة ٦٧١ ص ٥١٤) . أما إذا بق المشتري حائزاً للعقار خمس سنوات ، فقد ملكه بالتقادم المكسب القصير ، ولكن تق دعوى الإبطال ، إذا لم تكن سقطت بالتقادم ، مفتوحة (أنظر آنفاً ص ١٠٨٣ هامش ١٢) وعلى ذلك يستطيع الموجر أن يستعمل دعوى مدينه المستأجر في إبطال البيع ، فيبطل بأثر رجعي . ويسترد المستأجر العقار من الحائز ، ثم يسترده الموجر من المستأجر بدعوى الإيجار .

صحيحاً إلا من هذا الوقت (١) . ولا يقال إن لتحقق الشرط أثراً رجعياً فيعتبر التصرف نافذاً منذ البداية لا من وقت تحقق الشرط فحسب ، فإن الأثر الرجعي لا يعتد به بالنسبة إلى المالك الحقيقي . فلو أن شخصاً باع تحت شرط واقف عقاراً غير مملوك له لمشتري حسن النية ، فإن هذا البيع لا يعتبر سبباً صحيحاً يجيز للمشتري تملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقدم المكسب القصير إلا من وقت تحقق الشرط الواقف . وإذا لم يتحقق الشرط ، انعدم التصرف القانوني واعتبر كأن لم يكن ، ومن ثم لا يمكن اعتباره سبباً صحيحاً . وقد يضع المشتري في الفرض المتقدم يده على العقار قبل تحقق الشرط الواقف وفي هذه الحالة لا يعقد بمدة الحيازة التي انقضت قبل تحقق الشرط ، ولا يبدأ سريان مدة الخمس السنوات إلا من وقت تحقق الشرط . ذلك بأن الحائز ، وهو يضع يده على العقار قبل تحقق الشرط ، كان يعلم أنه يضع يده لا على وجه بات ، إذ هو معرض لأن يتخلف الشرط الواقف فينعدم البيع ويعتبر كأن لم يكن ، ويرد المشتري العقار إلى البائع (٢) .

وإذا كان التصرف القانوني معلقاً على شرط فاسخ ، فانه يكون نافذاً منذ البداية ، وعلى ذلك يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً من أول الأمر (٣) . فإذا باع شخص عقاراً غير مملوك له لمشتري حسن النية ، وكان البيع معلقاً على شرط فاسخ ، صلح لأن يكون سبباً صحيحاً منذ انعقاده ، ويستطيع المشتري استناداً إلى هذا البيع تملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقدم المكسب القصير . فإذا لم يتحقق الشرط الفاسخ ، أصبح تملك المشتري للعقار باتاً . أما إذا تحقق الشرط الفاسخ ، فإن البيع يزول ويعتبر كأن لم يكن ، فينعدم السبب

(١) استئناف مغلط ١٥ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٧١ - جوار ٢ فقرة ٥٦٢ - هك ١٤ فقرة ٤٤٨ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ هاش ١٢ - بودري وتيسيه فقرة ٦٧٢ ص ٥١٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٥ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٣ هاش ١٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٥ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣١٦٣ - مازو فقرة ١٥٠٦ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٧٢ .

(٣) نقض ملق ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ - استئناف مغلط ١٥ يونيو سنة ١٨٩٩ م ٩ ص ٢٩٧ .

الصحيح ، ويجب على المشتري أن يرد العقار للمالك الحقيقي إذا استرده هذا بدعوى الاستحقاق (١) .

٤٢٧ - التصرف القانوني الظني : التصرف القانوني الظني (titre putatif)

(٢) هو تصرف لا وجود له في الحقيقة ، ولكنه متوهم الوجود . فيظن الحائز للعقار أن العقار قد انتقل إليه بتصرف قانوني ناقل للملكية ، ولكن ظنه هذا مجرد وهم ، إذ أن هذا التصرف القانوني لا يوجد في الواقع ، ولا وجود له إلا في غيخته ، ومن ثم لا يمكن أن يكون التصرف الظني سبباً صحيحاً للتملك بالتقادم القصير (٣) . مثل ذلك وصية بعقار مملوك لغير الموصى ، فيتسلم الموصى له العقار عند موت الموصى وهو حسن النية أى يعتقد أن العقار مملوك للموصى . ويتبين فيما بعد أن الوصية التى تسلم الموصى له العقار بموجبها قد رجعت عنها الموصى قبل موته ، فزالت ولم يعد لها وجود . فالوصية تصرف قانوني ناقل للملكية ، ولكنه هنا تصرف ظني لأ وجود له في الواقع ، فلا يصح اعتباره سبباً صحيحاً (٤) ، ومن ثم لا يستطيع الموصى له أن يستند إلى هذه الوصية كسبب صحيح لتملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير .

ومثل ذلك أيضاً أن يبيع شخص أراضى لا يملكها لمشتري حسن النية ، ويعين في عقد البيع هذه الأراضى . ثم يضع المشتري يده عليها ، ولكن يدخل

(١) استئناف مخطط ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٦١ - جيوار فقرة ٥٦٢ - هيك ١٤ فقرة ٤٤٨ - أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٣ - ص ٥١٤ - بودرى وتيسيه فقرة ٦٧٢ - فقرة ٦٧٢ مكررة - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٥ - بلانيول وريبير وبولانيجه ١ فقرة ٣١٦٣ .

(٢) ولفظ putatif مشتق من اللفظ اللاتيني putare ومعناه يحسب أو يعتقد (penser, croire)

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٦ هامش ١٩ - بودرى وتيسيه فقرة ٦٨٨ - فقرة ٦٨٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٦ - ٧١٤ - بلانيول وريبير وبولانيجه ١ فقرة ٣١٦٤ - مازو فقرة ١٥٠٥ ص ١٢٠٧ - ص ١٢٠٨ .

(٤) لأنه كان لا ينتقل الملكية لو أنه صدر من المالك ثم رجع هذا عن الوصية، ولأن التصرف الظني كالتصرف الباطل وكالتصرف الصوري ، كل منها لا وجود له فلا يصلح أيهما لأن يكون سبباً صحيحاً (بودرى وتيسيه فقرة ٦٨٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٦ - كولان كاييتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٢٠٠ ص ٩٧٨) .

ضمن ما وضع يده عليه أرض أخرى لم يشملها عقد البيع ويعتقد المشتري بحسن نية أن عقد البيع قد شملها . فعقد البيع فيما يتعلق بهذه الأرض عقد ظني لا وجود له إلا في تخيلة المشتري . ومن ثم لا يستطيع هذا الأخير أن يستند إلى هذا العقد الظني وأن يعتبره سبباً صحيحاً لامتلاك الأرض التي لم يشملها عقد البيع ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير (١) .

ومثل ذلك أخيراً أن يفوض شخص وكيلاً له في شراء أرض ، ثم يضع يده على أرض يعتقد بحسن نية أنها هي الأرض التي اشتراها له الوكيل ولا يكون الوكيل قد اشتراها . فعقد الشراء الذي توهمه الموكل يكون في هذه الحالة عقداً ظنياً لا يستطيع أن يستند إليه الموكل معتبراً إياه سبباً صحيحاً لامتلاك الأرض ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير (٢) .

٤٢٨ - التصرف القانوني غير المسجل : ونفرض هنا أن شخصاً باع

مقاراً لا يملكه لمشتري حسن النية ، وقد وضع المشتري يده على العقار دون أن يسجل عقد البيع ، فهل يصلح عقد البيع غير المسجل لأن يكون سبباً صحيحاً لامتلاك المشتري العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير ؟ . في عهد التقنين المدني السابق ، وقبل قانون التسجيل ، حيث كان التصرف القانوني غير المسجل ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ولا يشترط

(١) نقض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٠ ص ٧٠٠ - ١٩ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٢ ص ٨١٩ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٠٨ ص ٧٠٣ - استئناف مخطوط ١٠ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٨٥ - ٢٣ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٩٣ - ١٣ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤١١ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٢٠ - ١٨ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٧ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٤ ص ٣٩٢ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٤٩ - ٢٤ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٩ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٣ - ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٦ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٥ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٨٠ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٦٠ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٨ - ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٤١ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١١٣ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٦ - بودري وتيسيه فقرة ٦٦٦ - بلانول وريير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٦ ص ٧١٥ .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٦٨٨ ص ٥٢٩ - كولان وكابيتان جدي لامورالدير

١ فقرة ١٢٠٠ ص ٩٧٧ - شفيق شحاته فقرة ٣٠٨ ص ٣١٠ .

التسجيل لإلتنقل الملكية بالنسبة إلى الغير ، كان الرأي المجمع عليه هو أنه لا يشترط التسجيل ليكون التصرف القانوني الناقل للملكية سرياً صحيحاً في التقادم المكسب القصير (١) . ولكن كان يجب ثبوت تاريخ التصرف القانوني للاحتجاج به على المالك الحقيقي لأنه يعتبر من الغير من ناحية ثبوت التاريخ (٢) . ولا تحسب مدة الخمس السنوات إلا ابتداء من التاريخ الثابت . ثم صدر قانون التسجيل ومن بعده قانون الشهر العقاري في عهد التقنين . انتهى السابق ، فأصبح التصرف القانوني غير المسجل لا ينقل الملكية لا بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين . فاختلف الفقه والقضاء فيما إذا كان يجب تسجيل التصرف القانوني الناقل للملكية حتى يصلح لأن يكون سرياً صحيحاً . فذهب رأى إلى وجوب التسجيل (٣) ، وذهب رأى آخر إلى عدم

(١) الاسكندرية الوطنية ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ المحفوظ ١٤ ص ٣٧٨ - منوف ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٨٠ ص ١٢٢ - بورسعيد أول أكتوبر سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ١٢ ص ٢٠ - استئناف مخطط ٢٨ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢١٩ - ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٠ - ١٣ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٨٠ - ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٨ - ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٨ - ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥١ - ١٨ مارس سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٢٠٩ - ٣ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٩١ .

(٢) استئناف وطني ٥ يناير سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٤ - استئناف مخطط ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٠ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣١ - ٢٩ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٨ - وانظر محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٨٠ - وقارن عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤١٦ ص ٦٤٢ .

(٣) عبد السلام ذهبي في السبب الصحيح في التقادم الخمسي في المحاماة ٦ ص ٦٠٨ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٨٥ - محمد علي عرفة ٤ فقرة ١٣٧ ص ٢٤٦ - ٢٤٧ - استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٥٣ ص ١٠٣ - استئناف مخطط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٤٤ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩٥ - ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٦ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٣٥ - ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٠ - ١٦ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٥ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٢ - ١٧ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٧٣ - ٨ يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٧٢ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ١٤ - ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٠ .

وجوبه وإلى أن التصرف القانوني غير المسجل يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً (١) وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأي الآخر ، ولم تشترط التسجيل في السبب الصحيح (٢) .

وقد راعى التقنين المدني الجديد قيام هذا الخلاف ، فحسمه بنص صريح أخذ فيه بالرأي الأول واشترط في التصرف القانوني أن يكون مسجلاً حتى يصلح أن يكون سبباً صحيحاً ، إذ قال في الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ مدني كما رأينا (٣) : « والسبب الصحيح ... يجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في خصوص هذا النص : « ويجب أن يكون السبب الصحيح مسجلاً خلافاً لما جرى عليه القضاء في مصر ، وآثر المشروع هذا الحل حتى يمكن للتسجيل تمهيداً لإدخال السجل العقاري » (٤) . فأصبحت المسألة ، بعد نفاذ التقنين المدني الجديد ، لا يمكن أن تكون محلاً للخلاف . ولا شك ، أمام صراحة النص ، في أن التصرف القانوني غير المسجل لا يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً (٥) . فإذا وضع المشتري لعقار من غير مالك يده على العقار وهو حسن النية ، ولكن لم يسجل عقد البيع ، فإنه لا يستطيع أن يملك العقار بالتقادم المكسب القصير إلا إذا سجل العقد (٦) . ومن وقت تسجيله ، إذا كان حائزاً للعقار ،

(١) حامد فهمي في المحاماة ٧ ص ٩٧ - صليب سامي في المحاماة ٨ ص ٦٩١ - استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٤ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٥ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٢ .

(٢) نقض مدني ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٧ ص ٢٩٢ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤١٧ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٨ .

(٥) ويلاحظ أن عقد الرهن الحيازي ينشئ الحق فيما بين المتعاقدين دون حاجة إلى أن يقيد ، وعلى ذلك لا يشترط فيه ، حتى يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً ، أن يكون مقيداً ، كما كان شأن البيع قبل قانون التسجيل (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤١٦ ص ٦٤٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٩ ص ٤٢٣ هامش ٢) .

(٦) ويقول الأستاذ عبد المنعم البدر أوى : « ولا شك أنه سيرتب على هذا أن يضيق نطاق التقادم الحمسي إلى حد كبير ، نظراً لأن التسجيل لا يتم إلا بعد التثبيت من حق طالب الشهر = (عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٣ ص ٥٧٠) . وانظر أيضاً في هذا المعنى : إسحاق غانم ص ١١٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤١٦ ص ٦٤٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٩ ص ٤٢٣ - حسن كيرة ص ١٢٦ . »

يبدأ سريان مدة الخمس السنوات اللازمة للتملك بالتقادم المكسب القصير (١) .
وغنى عن البيان أنه ما دام يشترط تسجيل التصرف القانوني ليكون سبباً
صحيحاً ، لم يعد هناك محل لاشتراط ثبوت التاريخ لجواز الاحتجاج
بالتصرف على المالك الحقيقي ، فان التصرف المسجل يكون دائماً ثابت
التاريخ .

٤٢٩ - السبب الصحيح شرط مستقل عن شرط من النية ويقع

عنه إثباته على الحائز : ولما كان السبب الصحيح هنا شرطاً مستقلاً عن
شرط حسن النية (٢) وليس عنصراً من عناصر حسن النية ، فانه لا يفترض
توافره كما يفترض توافر حسن النية فيما سرى . لذلك كان من الواجب إثبات
قيام السبب الصحيح على التحديد الذى فصلناه فيما تقدم ، ويقع عبء
الإثبات على الحائز الذى يتمسك بالتقادم (٣) .

ويثبت الحائز السبب الصحيح ، وهو تصرف قانوني كما قلنا ، طبقاً
للقواعد العامة في الإثبات (٤) . فاذا كان السبب الصحيح يبعاً مثلاً ،
وجب على الحائز أن يثبت هذا البيع بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت
قيمة العقار على عشرة جنيهات (٥) . وحتى لو كانت قيمة العقار لا تزيد
على عشرة جنيهات ، وهذا فرض شديد الندرة ، فان مقتضى أن يكون

(١) والرأى الغالب في فرنسا ، حيث التسجيل غير ضروري لانتقال الملكية
إلا بالنسبة إلى الغير كما كان الأمر في مصر قبل صدور قانون التسجيل ، أن السبب الصحيح
لا يشترط تسجيله (بودرى وتيسيه فقرة ٦٧٤ - فقرة ٦٧٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣
فقرة ٧٠٧) . ويرى الفقه في فرنسا أن هذا حل يوفى له ، وأنه كان الأول اشتراط تسجيل
السبب الصحيح (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٧ من ٧١٦ - بلانيول وريبير وبولانجيه
١ فقرة ٢١٦٥) .

(٢) استئناف مغلط ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ من ١٩٥ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ من ٤٩٨

(٤) بودرى وتيسيه فقرة ٦٧٧ .

(٥) استئناف مغلط ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ من ١٨ - مازو فقرة ١٥٠٥

من ١٢٠٨ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٩٤ - شفيق شحاته فقرة ٣٠٨ من ٣٠٩ - عبد المنعم
البدراوى فقرة ٥٣٦ - اسماعيل غانم من ١٢٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٢٢ - منصور
مصطفى منصور فقرة ١٧٩ من ٤٢٤ - من ٤٢٥ .

السبب الصحيح مسجلاً كما سبق القول (١) أن يكون البيع مكتوباً حتى يمكن تسجيله (٢).

٢٤ - حسن النية

٤٣٠ - تحديد معنى حسن النية : ويشترط أيضاً ، إلى جانب السبب الصحيح ، في التملك بالتقادم المكسب القصير ، توافر حسن النية عند الحائز . وفي ذلك تقول المادة ١/٩٦٩ مدني كما رأينا (٣) : « إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح ... » . ومعنى حسن النية هنا ، على وجه التحديد ، هو كما قدمنا أن يكون الحائز قد اعتقد ، وقت تلقيه الملكية أو الحق ، أنه يتلقى الملكية من المالك أو الحق من صاحبه . فحسن النية إذن يتحدد عند الحائز بأنه غلط يقع فيه ، يدفعه إلى الاعتقاد بأن المتصرف هو مالك العقار أو صاحب الحق (٤) . ويجب أن يكون حسن النية كاملاً ، فأى شك يقع في نفس

(١) انظر آتفاً فقرة ٤٢٨ .

(٢) لذلك يجب على الحائز أن يثبت ، ليس فحسب وجود السبب الصحيح ، بل أيضاً أن هذا السبب الصحيح مسجل طبقاً لقانون (م ٣/٩٦٩ مدني) . ولا يفنى عن إثبات السبب الصحيح ثبوت حسن النية ، فكل من السبب الصحيح وحسن النية شرط مستقل عن الشرط الآخر كما قدمنا ، وعلى ذلك يجب على محكمة الموضوع أن تبين في حكمها ، إلى جانب توافر شرط حسن النية عند الحائز ، طيبة السبب الصحيح ونوعه وأنه تصرف قانوني ناقل للملكية مستوف للشرط التي يتطلبها القانون ، وذلك حتى تباشر محكمة النقض رقابتها على محكمة الموضوع في هذه المسائل القانونية (بودري وتيسيه فقرة ٦٧٧ مكررة) .

(٣) انظر آتفاً فقرة ٤١٧ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن حسن النية هو اعتقاد المتصرف إليه اعتقاداً تاماً حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه ، فإذا كان هذا الاعتقاد يشوبه أدنى شك امتنع حسن النية (نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦٢ ص ٥٢٩) . وينظر ، في الشخص المعنوي ، إلى نية من مثله (م ٢/٩٦٥ مدني) . وتوافر حسن النية من مسائل الواقع التي يقدرها قاضي الموضوع ، ولكن تحديد حسن النية على الوجه الذي قدمناه من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض بأن لقاضي الموضوع مطلق السلطة في استخلاص النية من نصوص العقد ومن الظروف الملابسة لتحريره ، ولكن ما يستخلصه من ذلك يخضع لرقابة محكمة النقض من جهة مطابقتها للتعريف القانوني لسوء النية . فجرد علم المشتري بعدم نقل تكليف الألمان الميعة بمقتضى عقد مسجل إلى اسم البائع لياثمه لا يكفي في الدلالة

الحائز في أن المتصرف قد لا يكون هو المالك أو هو صاحب الحق ينفي حسن النية (١) .

ويستوى أن يكون الغلط الذي وقع فيه الحائز غلطاً في الواقع أو غلطاً في القانون (٢) . فيصح أن يتعامل الحائز مع مالك سابق للعقار تكون ملكيته قد قسخت أو أبطلت والحائز يجهل ذلك، ويعتقد أن المتصرف لا يزال مالكا للعقار ، وهذا غلط في الواقع . ويصح أن يتعامل مع مجرد حائز للعقار حسن النية أو مع سوء النية ، وهو يعتقد أن هذا الحائز يملك العقار بسبب أو بآخر ، وهذا أيضاً غلط في الواقع . ويصح أن يتعامل الحائز مع شخص

على سوء النية ، لأنه وحده لا يدل على أن المشتري كان يعلم أنه يشتري من غير مالك ، إذ يجوز أن يعتقد أن البائع له مالك رغم علمه بتكليف المبيع على غيره (نقض مدني ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٣ ص ٢) . وقضت أيضاً بأن من النقص أن يقتصر الحكم في إثبات سوء نية المشتري على القول إن منازعه لم يتم في الملكية الدليل المقنع على سوء نيته ، دون أن يتحدث من الأحكام والمستندات التي قسمها لإثبات ذلك ، فإن هذا القول غاية في الإيهام ، وليس فيه ما يدل على أن المحكمة قد فحصت المستندات التي قدمت لها وقدرتها (نقض مدني ٢٣ أبريل سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٢ ص ٤٢٣) . وقضت كذلك بأن حسن النية يفترض دائماً ما لم يتم الدليل على العكس ، ومناط سوء النية المانع من اكتساب الملك بالتقادم الخمسي بثبوت علم المتصرف إليه وقت تلقي الحق بأن المتصرف غير مالك لما يتصرف فيه ، وإذا كان علم ذكر سند ملكية البائع للطاعنين وتمهده بتقديم سند الملكية للمشتريين ليس من شأن أحدهما أن يؤدي عقلاً إلى ثبوت علم الطاعنين بأن البائع لهما غير مالك ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أسس ثبوته سوء النية على ذلك يكون معيباً بالنقص (نقض مدني ٣٠ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٩٦ ص ٦١٤) . وانظر نقض مدني ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٤ رقم ٦٦ - ١٥ أكتوبر سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٥٤ رقم ٦٤ - محمد حل مرفه ٢ فقرة ١٣٨ ص ٢٤٨ - عبد المنعم البهراوي فقرة ٥٢٨ ص ٥٦٤ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٤٠٨ ص ٦٣٣ .

(١) نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦٢ ص ٥٢٩ - استئناف مخطوط ٧ يونيو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٣٠٠ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٢٥ - ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٧ - ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٤٨ - ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٥ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٢ - ٩ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٢ - أوبري ورو فقرة ٢١٨ ص ٥١٩ - بودري وتيسيه فقرة ١٧٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٩ - مارتى وريينو فقرة ٢٠١ - كاربونيه ص ٢٠٩ .

(٢) أوبري ورو فقرة ٢١٨ ص ٥١٩ هامش ٢٩ - بودري وتيسيه فقرة ١٨٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٢ - دي باج ٧ فقرة ١٢٩٦ - محمد كامل موسى ٤ فقرة ٢١٣ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٤٠٨ ص ٦٣١ .

سند ملكيته للمعارضة في صورة بيع وهو سند عرفي : وقد ذكر فيه أن البائع قد وهب الثمن للمشتري ، فيعتقد الحائر أن الهبة على هذا الوجه صحيحة دون ورقة رسمية ، ثم يتبين بعد أن يشتري المعارض من الموهوب له أن الهبة باطلة لأنها هبة مكشوفة لا هبة مستترة فلا بد من كتابتها في ورقة رسمية ، وهذا غلط في القانون . وصواء كان الغلط في الواقع أو في القانون ، فقاضي الموضوع هو الذي يقدر دون معقب عليه توافر حسن النية نتيجة لهذا الغلط : وما إذا كان الغلط مغتفر (excusable) فيستقيم مع حسن النية ، أو غير مغتفر (inexcusable) فينفي حسن النية (١)

٤٣١ - علم الحائر بعيوب سند المتصرف ينفي حسن النية : وعلم الحائر بالعيوب التي تشوب سند من تلقى منه الملكية ، وأن هذا السند باطل أو قابل للإبطال أو قابل للفسخ أو معرض للإلغاء بأي وجه من الوجوه ، ينفي عند الحائر حسن النية الواجب توافره فيه (٢) .

وعلى ذلك إذا تعامل الحائر مع شخص سنده عقد هبة مثلاً باطلة في الشكل ، وكان يعلم بطلان الهبة لهذا السبب ، فانه يكون عالماً بأنه تعامل مع غير مالك ، فينتفي حسن نيته . وإذا تعامل مع مالك سنده عقد بيع صدر له من قاصر ، وكان الحائر يعلم ذلك ، فانه يكون عالماً بأن سند من تصرف له في المعارض قابل للإبطال وأن القاصر إذا أبطل هذا السند أصبح المتصرف غير مالك بأثر رجعي ، ومن ثم يكون عالماً بأنه تعامل مع شخص محتمل أن يظهر أنه غير مالك ، فينتفي حسن نيته . وإذا تعامل مع مشتر للمعارض لم يوف ثمنه للبائع ، وكان الحائر يعلم ذلك ، فانه يكون عالماً بأن سند المتصرف قابل للفسخ لعدم دفع الثمن وأن هذا السند إذا فسخ لهذا السبب ظهر أن المتصرف

(١) استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٠٠ - ٤ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٢٤ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٦١ - ٢ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ٩٢ - ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ١٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٢ ، (٢) لوران ٣٢ فقرة ٤٠٩ - فقرة ٤١٠ - جيوار فقرة ٥٧٢ - ترولون فقرة ٩١٥ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٩ - بودري وتيسيه فقرة ٦٧٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٠ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٠٤ - نقض فرنسي ٢٢ مايو سنة ١٩٠٦ الورد ١٩٠٦ - ١ - ٣٥١ - ١١ مايو سنة ١٩٠٩ سيري ١٩١٠ - ١ - ١٧٢ .

غير مالك ، ومن ثم يكون عالماً بأنه تعامل هنا أيضاً مع شخص يحتمل أن يظهر أنه غير مالك ، فينتفى حسن نيته كذلك (١).

وعلى ذلك أيضاً إذا تعامل الحائز مع مالك العقار تحت شرط فاسخ أو تحت شرط واقف ، وكان يعلم ذلك ، فإنه يكون عالماً بأن سند التصرف معرض للزوال بتحقيق الشرط الفاسخ أو بعدم تحقق الشرط الواقف ، ومن ثم يكون عالماً بأنه تعامل مع شخص يحتمل أن يظهر أنه غير مالك ، فينتفى حسن نيته .

٤٣٢- علم الحائز بصيوب السبب الصحيح لا ينفي حسن النية :
وهناك عيب يشوب السبب الصحيح دائماً ، ومن المحتم أن يشوبه ، وهو أن يكون هذا السبب الصحيح صادراً من غير مالك ، كما سبق القول . فهذا العيب وحده هو الذى يجب أن يجهله الحائز ، لأن حسن النية هو كما قلنا الجهل بأن السبب الصحيح صادر من غير مالك .

أما العيوب الأخرى التى تشوب السبب الصحيح ، فبما يجعل التصرف القانونى غير صالح لأن يكون سبباً صحيحاً ، كالتصرف الباطل والتصرف الظنى والتصرف الصورى . وهذه مسألة ترجع إلى السبب الصحيح لا إلى حسن النية ، وسواء علم الحائز بأن التصرف باطل أو ظنى أو لم يعلم ، فإن السبب الصحيح نفسه غير موجود ، فلا محل إذن للبحث فيما إذا كان الحائز حسن النية أو سينها ، ففى الحالتين لا يستطيع أن يملك العقار بالتقادم المكسب القصير لانعدام السبب الصحيح .

بقيت العيوب التى تشوب التصرف القانونى ولا يكون من شأنها أن تجعله غير موجود ، وذلك كأن يكون التصرف قابلاً للإبطال لنقص فى الأهلية أو لعيب فى الرضاء أو قابلاً للفسخ أو معلقاً على شرط فاسخ أو شرط واقف . فهذه العيوب لا تمنع التصرف من أن يكون سبباً صحيحاً ، وعلم الحائز بها لا ينفي حسن النية (٢) . وعلى ذلك إذا اشترى الحائز من غير

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٦٧٩ ص ٥٢٠ - بلانويول ورييريه وبيكار ٣ فقرة ٧١٠ -

نقص فرنسى ١٤ نوفمبر سنة ١٨٨٧ سريه ٨٨ - ١ - ٤٧٣ .

(٢) لأن حسن النية فى التقادم المكسب القصير هو كما قلنا ، ليس الجهل بجميع عيوب

السبب الصحيح ، بل الجهل بسبب واحد منها فقط هو أن التصرف صادر من غير مالك -

المالك عقاراً ، وكان البائع قاصراً أو كان البيع مشوباً بخلط أو تدليس أو إكراه ، فإن السبب الصحيح هنا يكون قابلاً للإبطال . وعلم الحائز بأن السبب الصحيح قابل للإبطال ، لتقص في الأهلية أو لعب في الرضاء ، لا ينفي كما قلنا حسن النية ، فيستطيع إذن أن يملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير ^(١) . ولكن لما كان التصرف قابلاً للإبطال فإن من تقرر الإبطال لمصلحة المستطيع أن يبطل التصرف إذا كانت دعوى الإبطال لم تسقط بالتقادم . ويستطيع المالك الحقيقي أن يستعمل دعوى مدينه وهو من تقرر الإبطال لمصلحته وتصرف في العقار للحائز ، فيطلب باسمه إبطال التصرف ، فيعود العقار إلى المتصرف ، وعند ذلك يسترده منه المالك الحقيقي بدعوى الاستحقاق ^(٢) . وعلى ذلك أيضاً إذا اشترى الحائز العقار من غير مالكة ، وقسط عليه الثمن سنوات عدة ، واشترط البائع أن يكون البيع مفسوخاً إذا لم توف الأقساط في مواعيدها ، فإن السبب الصحيح هنا

— أما وقد جهل الحائز هذا العيب فهو حسن النية، سواء علم بالعيب الأخرى أو لم يعلم (أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٧ هامش ٢٤ - بودري وتيسيه فقرة ٦٨١ ص ٥٢٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١١ ص ٧١٨ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٣١٦٨ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٠٥) . وهناك رأى في الفقه الفرنسي يذهب إلى أن علم الحائز بأى عيب في السبب الصحيح يجعله سيئ النية (لوران ٣٢ فقرة ٤٠٦ وما بعدها) . والنتيجة العملية لكل من الرأيين سواء . فإذا قلنا بأن علم الحائز بأن السبب الصحيح قابل للفسخ مثلاً يجعله سيئ النية ، ترتب على ذلك أن الحائز لا يملك العقار بالتقادم المكسب القصير لعدم توافر حسن النية ، فيستطيع المالك الحقيقي أن يسترد منه العقار بدعوى الاستحقاق . وإذا قلنا أن علم الحائز بأن السبب الصحيح قابل للفسخ لا يجعله سيئ النية ، ترتب على ذلك أن الحائز يملك العقار بالتقادم المكسب القصير ، ولكن الذى تصرف للحائز يستطيع أن يفسخ التصرف ، ويستطيع دائنه وهو المالك الحقيقي أن يستعمل دعوى الفسخ باسم مدينه فيفسخ التصرف ، فيعود العقار إلى من تصرف للحائز ، وعند ذلك يسترده منه المالك الحقيقي بدعوى الاستحقاق (أوبري ورو ، فقرة ٢١٨ ص ٥٢٥ هامش ٤٧ - وانظر آتقاً ص ١٠٨٢ هامش ١٢ - وص ١٠٩٨ هامش ٢) .

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٨ - قفص فرنسي ٢٢ مايو سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩١٠-١-١٧٢-١١ مايو سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١٠-١-١٧٢-١٥ فبراير سنة ١٩٢٧ سيريه ١٩٢٧-١-١٩ .

(٢) انظر آتقاً ص ١٠٩٢ هامش ١٢ - وص ١٠٩٨ هامش ٢) .

يكون قابلاً للفسخ بمجرد التأخر عن دفع الأقساط . وعلم الحائز بذلك لا ينفى حسن النية ، فيستطيع إذن أن يملك العقار المباع ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير . فإذا ما كسبه بالتقادم ، يبقى أنه إذا كانت هناك أقساط من الثمن لا تزال في ذمته ، ولم يوفها في مواعيدها ، فإن المالك الحقيقي ، وهو دائن للبائع ، يستطيع أن يستعمل دعوى مدينه ويطلب فسخ البيع . فإذا ما فسخ ، ورد العقار إلى البائع ، استطاع المالك الحقيقي أن يسترده منه بدعوى الاستحقاق . وعلى ذلك أخيراً ، إذا اشترى الحائز عقاراً من غير مالكة ، وكان البيع معلقاً على شرط واقف أو على شرط فاسخ ، فإنه يكون مع ذلك سبباً صحيحاً ، وعلم الحائز بتعليق البيع على الشرط لا ينفى حسن نيته . فيستطيع إذن أن يملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير ، فإذا ما كسبه بالتقادم بعد تحقق الشرط الواقف أو كسبه بالتقادم ثم تخلف الشرط الفاسخ ، فإن ملكية العقار تخلص بانه للحائز . أما إذا تخلف الشرط الواقف ، أو تحقق الشرط الفاسخ ، فإن البيع يعتبر كأن لم يكن ويعود العقار إلى بائعه ، ثم يسترده المالك الحقيقي من البائع بدعوى الاستحقاق .

٤٣٣ - الوقت الزمى يجب أنه يتوافر فيه حسن النية : تنص الفقرة

الثانية من المادة ٩٦٩ مدني كما رأينا (١) على ما يأتي : « ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق » . فحسن النية ، على التحديد الذي قدمناه ، يجب أن يتوافر عند الحائز في الوقت الذي كان فيه يتلقى الملكية أو الحق لو أنه كان يتعامل مع المالك أو صاحب الحق (٢) . فإذا اشترى الحائز العقار من غير مالك ، فحقى يمكنه أن يملك العقار بالتقادم المكسب القصير يجب أن يكون قد اعتقد بحسن نية وقت تسجيل عقد البيع ، وهو الوقت الذي يتلقى فيه ملكية العقار ، أنه اشترى من مالك وأن الملكية قد انتقلت إليه على

(١) انظر آتفاً فقرة ٤١٧ .

(٢) وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في عهد التقنين المدني السابق ، دون أن يشتمل هذا التقنين على نص صريح في ذلك (استئناف مخطط ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠٣ - ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٠٥ - ٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٢٣٠ - ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٦٦ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٨٤ - ١٢ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٠٢ - ٨ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٨ - محمد كامل مرسي ٤ فقرة ٢١١ ص ٢١١ .

هذا النحو بالتسجيل (١) . وهذا يكفي ، فلا يشترط أن يبقى حسن النية بعد ذلك طوال السنين الخمس اللازمة للتملك بالتقادم القصير . فلو أنه علم ، ولو بعد انقضاء مدة قصيرة من تسجيل البيع ، أن البائع غير مالك ، لما أثر ذلك في توافر شرط حسن النية فيه (٢) *(mala fides superveniens impedit usucapionem)* .

وأكثر من ذلك ، لو أنه كان حسن النية على النحو الذي قدمناه وقت تسجيل البيع ، وقبل أن يتسلم العقار المبيع علم أن البائع غير مالك ، فبدأت حيازته للعقار وهو على هذا العلم ، لعد شرط حسن النية مع ذلك متوافراً عنده (٣) . وتطبيقاً لما قدمناه ، لو أن شخصاً أوصى بعقار غير مملوك له لشخص آخر ، فحسن النية عند الموصى له يجب أن يتوافر وقت موت الموصى

(١) ولو كان البيع مطلقاً على شرط واقف ، فإن حسن النية يجب توافره عند تسجيل البيع لا عند تحقق الشرط (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥٢٠ هامش ٣١) . ولو كان السبب الصحيح مقدورهن حيازي ، فإن حسن النية يجب توافره عند انقضاء الرهن الحيازي لأن حق للرهن الحيازي ينشأ فيما بين المتعاقبين بمجرد العقد ، ولا يطلب التيد إلا ليكون الرهن حجة على الغير .) عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٤٠٩ ص ٦٣٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٠ ص ٤٢٧ هامش ٣) .

(٢) استئناف مخطط ٨ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٨ .

(٣) عبد المنعم البدر أوى فقرة ٥٣٠ ص ٥٦٦ - إسماعيل غانم ص ١٢٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٠ ص ٤٢٨ - ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : ولا يشترط حسن نية عند بدء الحيازة ، بل يكفي توافره عند تلقى الملكية بالسبب الصحيح ، خلافاً لشرى شخص عقاراً من غير مالكه ، فيكن أن يكون حسن النية وقت البيع حتى لو كان من النية وقت التسليم (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٨) . هذا والعبارة الواردة في المذكرة الإيضاحية من أنه يكفي أن يكون المشتري حسن النية وقت البيع ، يمكن التوسع في فهمها فتكون العبارة بوقت تسجيل البيع ، إذ لم يكن المقصود بالعبارة الموازنة بين وقت البيع ووقت تسجيل البيع ، بل الموازنة بين وقت البيع بوجه عام (ويدخل في ذلك وقت تسجيله) ووقت تسليم المبيع . وعلى هذا الأساس يمكن فهم ما ورد في هذا الصدد في بعض الأقوال الفقهية (أنظر محمد كامل حرسى ٤ فقرة ٢١١ ص ٢١١ - شفيق شحاته فقرة ٣١٣ ص ٢١٢) . ويصعب تصور خلاف في هذه المسألة بعد صدور قانون التسجيل وقانون الشهر العقاري (قانون محمد علي عرفة فقرة ١٣٩ ص ٢٥٠ هامش ١ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٤٠٩ ص ٦٣٤ هامش ١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٠ ص ٤٢٧) .

لا وقت قبول الوصية ، لأن الموصى له يملك الموصى به عند موت الموصى (١) .

والقاعدة التي قدمناها ، من أنه يكفي أن يتوافر شرط حسن النية وقت تلقي الحق ولا يشترط بقاء حسن النية بعد ذلك ، قاعدة موروثه من القانون الروماني . وزاحمها في القانون الفرنسي القديم قاعدة عكسية قررها قانون الكنيسة ، فاشترط هذا القانون بقاء حسن النية طوال المدة اللازمة للتقدم المكسب القصير . ثم انتقلت القاعدة الرومانية إلى التقنين المدني الفرنسي متغلبة على القاعدة التي قررها قانون الكنيسة ، ومن التقنين المدني الفرنسي انتقلت القاعدة الرومانية إلى التقنين المدني المصري والجديد (٢) .

٤٣٤ - إثبات حسن النية : رأينا (٣) أن الفقرة الثالثة من المادة

(١) وإذا كانت الوصية لا تلزم إلا بقبولها من الموصى له ، لكنه إذا قبلها استحق الموصى به من حين الموت ، لأن الوصية تصرف قانوني من جانب واحد هو جانب الموصى ، وتنتج أثرها عند موته دون حاجة لقبول الموصى له ، وإنما القبول لزوم الوصية لآلتها وإنتاج أثرها (أنظر آنفاً فقرة ٧٦) . ويلاحظ مع ذلك قواعد التسجيل ، إذ أن الوصية بمقار لا تنقل ملكيته إلا بالتسجيل ، ولما كان التسجيل يتم عادة بعد قبول الموصى له ، فإن حسن النية يجب أن يتوافر عند تسجيل الوصية أي بعد قبول الموصى له ، وهذا ما لم تكن الوصية قد سجلت في حياة الموصى فحينئذ يجب توافر حسن النية وقت موت الموصى لا وقت قبول الوصية (محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٣٩ ص ٢٥٠ - عيد المنم البداوي فقرة ٥٣٠ - عيد المنم فرج الصدة فقرة ٤٠٩ ص ٦٣٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٠ ص ٤٢٧ - ص ٤٢٨) . وانظر في فرنسا أن حسن النية يجب توافره عند موت الموصى : لوران ٣٢ فقرة ٤١٧ - جيوار ٢ فقرة ٥٧٩ - هيك ١٤ فقرة ٤٦٠ - بودرى وتيسيه فقرة ٦٨٦ . وهناك في فرنسا رأي آخر يذهب إلى أن حسن النية يجب توافره عند قبول الموصى له (أوبري ودو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥٢٠ - هامش ٣٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٤ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣١٧٠ ص ١٠٣٤ - هامش ١ - بيدان ٤ فقرة ٧٦٧ - ماز و فقرة ١٥٠٠ - أنسيكلو يدي دالوز ٤ لفظ Prescription civile فقرة ٥٢) .

(٢) وينتقد الفقه الفرنسي القاعدة الرومانية ، ويؤثر عليها القاعدة الكنسية. ولا يستكثر هذا الفقه على الحائز أن يبقى حسن النية طوال المدة اللازمة للملك بالتقدم القصير ، فإن أصبح سوء النية في خلال هذه المدة ، فأمامه التقدم المكسب الطويل وعليه أن يستوفى مدته حتى يملك المقار بالتقدم (بودرى وتيسيه فقرة ٦٨٥ ص ٥٢٧ - ص ٥٢٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٣ ص ٧١٩ هامش ٣ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣١٧٠) . (٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

٩٦٥ مدني تنص على ما يأتي : « وحسن النية يفترض دائماً ، ما لم يقر الدليل على العكس » . وقدمنا أنه لا يطلب من الحائز أن يثبت حسن نيته ، فالمفروض فيه أصلاً أنه حسن النية حتى يثبت العكس (١) .

وعلى ذلك يفترض في الحائز الذي يتمسك بالتقدم المكسب القصير أنه حسن النية ، فلا يكلف لإثبات حسن نيته . ويستوى في ذلك أن يكون جهل الحائز بأن من تعامل معه غير مالك راجعاً إلى غلط في الواقع أو إلى غلط في القانون ، ففي الحالتين يفترض حسن نية الحائز . وهناك رأى يذهب إلى أن حسن النية لا يفترض في حالة الغلط في القانون ، فإن الغلط في القانون لا يجوز افتراضه ويجب على الحائز إثباته . ولكن ما دمنا نسلم أنه إذا كان جهل الحائز راجعاً إلى غلط في القانون فإنه يعتبر حسن النية ، وما دام حسن النية يفترض دائماً ، فإن الواجب التسليم بأن الحائز يفترض فيه دائماً حسن النية ، سواء رجع جهله إلى غلط في الواقع أو إلى غلط في القانون (٢) .

وقد قدمنا أن حسن النية مفترض ، إلى أن يقوم الدليل على العكس . وعلى ذلك إذا ادعى المالك الحقيقي أن الحائز لم يكن حسن النية ، وأنه كان يعلم وقت تلقى الملكية أن المتصرف غير مالك ، فعليه هو يقع عبء إثبات ذلك . وله أن يثبت سوء نية الحائز بجميع طرق الإثبات ، لأن سوء النية واقعة مادية فيجوز إثباتها بالبينة والقرائن (٣) . ويقع كثيراً في العمل أن

(١) استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٢٠ - ٢٥ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٦٦ - ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣١٠ - ١٢ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٠١ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٤٣ - ١٤ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٢٥ - ٨ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٨ . وانظر آنفاً فقرة ٢٩١ .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٦٨٤ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧١٣ ص ٧١٩ - مارك ورينو فقرة ٢٠١ ص ٢١٣ - وانظر عكس ذلك وأن الغلط في القانون لا يفترض : لوران ٣٢ فقرة ٤١٥ - جيوار فقرة ٥٧٥ - لوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٩ - ص ٥٢٠ وهامش ٣٠ - وهذا الخلاف عمود الاهمية من الناحية العملية ، فالذي يقع عملاً أن الحائز يبادر هو نفسه إلى إثبات حسن نيته وأن غلطه كان غلطاً مختصراً .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ادعى المشتري أنه تمكك بالتقار بوضع اليد مع حسن النية والسبب الصحيح ، فلا يحتاج لإثبات سوء نيته هذه الشراء إلى دليل معين ، بل هو جائز بجميع طرق الإثبات القانونية ومنها القرائن ، وقد تكون هذه وحدها كافية في الإثبات .

يلجأ المالك الحقيقي ، في اثبات سوء نية الحائز ، إلى سند المتصرف الذي تعامل الحائز على مقتضاه . فقد يتبين من هذا السند أن المتصرف غير مالك أو أن ملكيته ليست خالصة ، فيستخلص من ذلك سوء نية الحائز ما دام يعلم ، أو كان ينبغي أن يعلم ، أنه يتعامل مع غير مالك (١) .

المطلب الثاني

كسب ملكية المنقول

(الحيازة في المنقول سند الملكية)

٤٣٥ - نص قانوني : تنص المادة ٩٧٦ مدني على ما يأتي :

١ - من حاز بسبب صحيح منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سندا لحامله ، فانه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته .

٢ - فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتباره الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية ، فانه يكسب الملكية خالصة منها .

٣ - والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ، ما لم يعم الدليل على عكس ذلك (٢) .

- فإذا كان من يدعي سوء نية المشتري قد ساق القرائن القائمة في الدعوى الدالة على صحة دعواه ، وكانت هذه القرائن دالة فضلا على سوء النية ، فانه يكون من القصور أن يكتفى بالحكم في رده على تلك القرائن بمجرد القول بأن ظروف الحال تدل على أن المشتري حين اشترى كان يعلم أنه يشتري من المالك الحقيقي (نقض مدني ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٧ ص ٥٥١) . وانظر أيضا نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٦١ (لقاضي الموضوع سلطة تامة في استخلاص سوء النية من قضايا في الدعوى ، ولا يمكن لاستفادة نازع الملكية للقوى رسا عليه المزاو من التقادم المنسي تلوه مجهله الحقيقة ، إذا كان مقصرا في البحث والاستقصاء ، فان تقصيره يتعارض مع حسن النية ولا يجوز له أن يقيد من هذا التقصير) .

وانظر بودري وتيسيه قرة ٨٦٢ ص ٥٢٥ - بلانويول وريبير وبيكار ٣ قرة ٧١٢ ص ٧١٨ - بلانويول وريبير وهرلانجه ١ قرة ٣١٦٩ - نقض فرنسي ١٥ فبراير سنة ١٩٢٧ جازيت دي باليه ١٩٢٧ - ١ - ٧٣٠ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٥ - ١ - ٢٠٤ . (١) بودري وتيسيه قرة ٨٦٢ - بلانويول وريبير وبيكار ٣ قرة ٧١٢ ص ٧١٨ -

كلوبوينيه ص ٢١٩ - نقض فرنسي ١٥ فبراير سنة ١٩١٧ سيريه ١٩٢٧ - ١ - ١٩٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : ١٥ - من حاز منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سندا لحامله ، مستثنا في حياته -

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المواد ٤٦/٦٠٧ و ٧٣٣/٦٠٨ (١).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٢٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٨٠ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٦٣ (٢).

= إلى سبب صحيح ، فإنه يصبح مالكا لما حازه ، إذا كان حسن النية وقت حيازته . ٢ - فإذا كان الحائز بحسن نية وبسبب صحيح قد حاز الشيء باعتباره خالياً من التكاليف والقيود العينية ، فإنه يكسب الملكية خالصة من هذه التكاليف والقيود . ٣ - والحيازة وحدها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٥١ في المشروع النهائي ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية جعلته مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٠ - ص ٥١٢) .

(١) التقنين المدني السابق م ٦٨/٤٦ : ومع ذلك تنتقل ملكية الأموال المنقولة باستلامها بناء على سبب صحيح ولو لم تكن ملكاً لمن سلمها . إنما يشترط في ذلك أن يكون المستلم حقيقاً صفة الملك فيها للمسلم ، ولا يفسر هذا بحق المالك الحقيقي في طلب استردادها في حالة الضياع أو السرقة .

٧٣٣/٦٠٧ : وثبتت الملكية في المنقولات في حق كل إنسان بمجازتها المترتبة على سبب صحيح مع اعتقاد الحائز لها صفة حيازته .

٧٣٤/٦٠٨ : مجرد وضع اليد على المنقولات يستفاد منه وجود السبب الصحيح وحسن الاعتقاد ، إلا إذا ثبت ما يخالف ذلك ، مع مراعاة ما تقدم في حالي السرقة والضياع . (وأحكام التقنين المدني السابق تنفق مع أحكام التقنين المدني الجديد ، وإن كان التقنين المدني السابق أورد هذه الأحكام مشتتة في أماكن مختلفة : أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٥) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩٢٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٨٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٦٣ ١٠ - من حاز وهو حسن النية منقولاً أو مستنداً

لخامله ، مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح ، فلا تسع عليه دعوى الملك من أحد . ٢ - والحيازة بزمانها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح ، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك . (وأحكام التقنين العراقي في مجموعها تنفق مع أحكام التقنين المصري ، غير أن التقنين العراقي لم يورد نص الفقرة الثانية من المادة ٩٧٦ مدني مصري وهي تتكلم عن إسقاط التكليف والقيود العينية بالحيازة . وجعل حائز المنقول لا تسع عليه دعوى الملك لأن يتسلك هو المنقول ، وذلك وذلك جرياً على تقاليد التقنين العراقي في عدم جواز سماع الدعوى) .

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن حيازة المنقول بحسنية وبسبب صحيح تنقل ملكية المنقول إلى الحائز ، فيصبح مالكا له بمجرد الحيازة . ويورد التقنين المدني الفرنسي هذه القاعدة الهامة في المادة ٢٢٧٩ منه ، ويصدر هذه المادة بعبارة مشهورة استعارها من القانون المدني الفرنسي القديم كما وردت على لسان Bourjon أحد فقهاء هذا القانون ، تجري على الوجه الآتي :

« En fait de meubles, la possession vaut titre. » (١) . وقد ألف الفقه في مصر أن يؤدي هذه القاعدة ، التي انتقلت من القانون الفرنسي إلى القانون المصري ، بالعبارة الآتية : « الحيازة في المنقول سند الملكية » (٢) . والفروض أن حائز المنقول قد تعامل مع غير المالك بموجب تصرف قانوني ناقل للملكية كالبيع وهذا هو السبب الصحيح ، فباع له غير المالك منقولاً ، فلم تنتقل إليه الملكية بالبيع لأنه صادر من غير مالك كما قدمنا . فهل يبقى مشتري المنقول حسن النية معرضاً مدة معينة لدعوى استحقاق يرفعها عليه المالك الحقيقي ، كما رأينا مشتري العقار من غير المالك معرضاً مدة خمس سنوات لدعوى استحقاق يرفعها عليه المالك الحقيقي ؟ لم ير القانون الفرنسي القديم أن يجعل مشتري المنقول في مركز مشتري العقار ، إذ أن المنقول على خلاف العقار يقتضي السرعة في التعامل ، ويصعب في المنقول فحص أصل ملكية

(١) وهذا ما قاله Bourjon "En fait de meubles, la possession vaut titre." أنظر Bourjon الكتاب الثاني الباب الأول - الفصل السادس - الفرع الأول فقرة ١ - وانظر في الموضوع بأكمله : Jobbé Duval في دراسة تاريخية في دعوى استحقاق المنقول ، في القانون الفرنسي باريس سنة ١٨٨١ - Salicrú في حيازة المنقول باريس سنة ١٩٠٧ .

(٢) عدل الفقهاء المحدثون في مصر عن هذه العبارة إلى العبارة الآتية : « الحيازة في المنقول سند الحائز » ، بدعوى أن الحيازة لا تكسب الملكية فحسب ، بل تكسب أيضاً حقوقاً مبنية أخرى غير الملكية ، وكذلك تسقط التكاليف والقيود البنينة فيكسب الحائز الملكية خالصة منها . وإذا كانت العبارة الأولى التي كانت مألوقة ناقصة على هذا الوجه ، فإن العبارة المستحدثة ناقصة أيضاً ، ولا تكون هذه العبارة كاملة إلا إذا قيل : الحيازة في المنقول سند الحائز في الملكية وفي الحقوق البنينة الأخرى وفي إسقاط التكاليف والقيود البنينة . أما إذا أريد الإيجاز والاختصار على إبراز أظهر آثار الحيازة ، فإن العبارة التي كانت مألوقة قد أبرزت أظهر هذه الآثار وهو كسب ملكية المنقول ، حتى أن Bourjon وهو الذي استعار التقنين المدني الفرنسي عبارته كما قدمنا يقول في هذه العبارة *la possession vaut titre de propriété* .

البائع إذ المتقول كثير التنقل من يد إلى يد ، وعسب مشتره أن يراه في يد
البائع حتى يطمئن إلى أنه يتعامل مع المالك . ومن ثم إذا ظهر أن بائع المتقول
لم يكن هو المالك ، ولم تنتقل الملكية إلى المشتري بالبيع ، فإنها تنتقل بحيازة
المشتري للمتقول إذا كان وقت الحيازة حسن النية أى يعتقد أن البائع هو المالك .
وبذلك يكون المشتري ، بمجرد حيازة المتقول على هذا الوجه ، آمناً من أن
يرفع عليه المالك الحقيقي دعوى الاستحقاق ، ولا يضطر أن يبقى حائراً للمتقول
طوال خمس سنوات كما يضطر إلى ذلك مشتري العقار فيما رأيناه في التقادم
المكسب القصير (١) .

فالحيازة بحسن نية تنقل إذن ملكية المتقول فوراً إذا كانت مقترنة بالسبب
الصحيح ، ولا تنقلها مقترنة بالسبب الصحيح في العقار إلا إذا دامت خمس
سنوات كما رأينا ، وتنقلها فوراً وبدون حاجة إلى سبب صحيح في الثمار
كما سنرى .

وتملك المتقول بالحيازة على النحو الذى قلناه أمر يقتضيه ، لا سرعة
التعامل في المتقول فحسب ، بل أيضاً استقرار التعامل فيه . وبدون هذه القاعدة
يصبح التعامل في المتقول محفوفاً بالمخاطر ، فينبغى إذن لمن يشتري متقولاً من
غير المالك وهو يعتقد أنه المالك أن يعتبر كأنه اشترى من المالك نفسه (٢) ،
وإذا لم تنتقل إليه الملكية بالبيع فإنها تنتقل بالحيازة . وهذا ما وصل إليه القانون
الفرنسى القديم في عهده الأولى ثم في تطوراته الأخيرة ، وذلك على خلاف
القانون الرومانى الذى كان لا يعرف هذه القاعدة . ويدعو ذلك إلى إيراد
عجالة سريعة في الأصل التاريخى للقاعدة .

٤٤٦- موصل التاريخى لقاعدة تملك المتقول بالحيازة : لم يعرف القانون

الرومانى هذه القاعدة ، بل كان حائز المتقول إذا كان حسن النية لا يملكه
فوراً ، وإنما كان يملكه بالتقادم كالعقار ، ولكن في مدة أقصر : سنة واحدة

(١) أنظر بودرى وتيسيه فقرة ٨٢٦ ص ٦٥٤ وقرة ٨٢٩ ص ٦٥٨ - بلانويول
وريجير ويكار ٣ فقرة ٣٨٠ .

(٢) ويقول سال في هذا المعنى : « الحيازة غير العينية التى يطلقها الحائز من يعتقد
أنه المالك تعدل السند الذى يصدر من المالك نفسه » (سال في رسالته في التصرف في القيم
المنقولة سنة ١٨٨٣ فقرة ٩٢) .

ثم أطلبت في عهد جستنيان إلى ثلاث سنوات (١) .

أما القانون الفرنسى القديم فقد ظل في عهده الأولى محظوظاً بالتقاليد الجرمانية ولم يتبع القانون الرومانى ، فكان لا يعطى للمالك المنقول إذا خرج المنقول من حيازته إلى حيازة شخص آخر دعوى استحقاق ضد الحائز الجديد . فإذا كان خروج المنقول من حيازة مالكة بإرادة المالك ، كما في الوديعة والعارية ، فإن للمالك أن يرفع دعوى شخصية ضد المودع عنده أو المستعير يسترد بها المنقول ، ولكن ليس له أن يرفع دعوى استحقاق ضد حائز انتقلت إليه الحيازة من المودع عنده أو المستعير . ومن هنا جرت القاعدة بأن المنقول ليس فيه حق التمتع (Meubles n'ont pas de suite, mobiliæ non habent sequelam) (٢) . أما إذا كان خروج المنقول من حيازة مالكة بسبب السرقة أو الضياع ، فإن القانون كان يعطى للمالك دعوى ذات صيغة جنائية ، ما لبث أن انقلبت إلى دعوى استحقاق مدنية يرفعها المالك ضد الحائز للمنقول (٣) .

وبقى الأمر على هذا النحو إلى القرن الثالث عشر ، إذ بدأ القانون الفرنسى القديم يتأثر في هذه المسألة بالقانون الرومانى شيئاً فشيئاً ، فيكون للمالك دعوى استحقاق يسترد بها المنقول ولو خرج من حيازته طوعاً دون سرقة أو ضياع . وما أقبل القرن السادس عشر حتى أصبحت القاعدة الرومانية مستقرة في القانون الفرنسى القديم ، وأصبح للمالك ، كما كان الأمر في القانون الرومانى ، دعوى

(١) أنظر في أن القاعدة لم تكن موجودة في القانون الرومانى عبد الفتاح عبد الباقي رسالته في دور الحيازة في المنقول ص ١٩ - ص ٣٤ .

(٢) وكان أصل هذه القاعدة أن القوانين القديمة ، قبل أن تعرف عقود الوديعة والرهن والعارية ، كانت تقضى بأن المالك ينقل ملكية الشيء إلى من يريد أن ينقل إليه حيازته على سبيل الوديعة أو الرهن أو العارية ، على أن يلتزم الحائز التزاماً شخصياً برد الشيء إلى المالك . فكان المالك إذا تجرد من حيازة الشيء تجرد أيضاً من ملكيته ، وتجرد تبعاً لذلك من دعوى الاستحقاق . وبقي متجرداً من دعوى الاستحقاق حتى بعد أن عرفت القوانين القديمة عقود الوديعة والرهن والعارية ، وبالرغم من أن هذه العقود لا تنقل الملكية ، وعلى الفقهاء القدماء ذلك بأنه جزاء على عدم حيلة المالك في تسليمه ملكه إلى من بدده بالتصرف فيه ، فوضع فقهاء فيمن لا يستحقها (أنظر مازو فقرة ١٥٢١) .

(٣) أنظر في ذلك بلانجيل وريير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٨٩ - فقرة ٣٣٩١ - عبد الفتاح عبد الباقي في رسالته في دور الحيازة في المنقول ص ٤١ - ص ٦٩ .

استحقاق يسترد بها المنقول في أى يد كان . (١) .

ولكن سرعان ما تناقشت المخاطر التي يتعرض لها التعامل في المنقول من جراء القاعدة الرومانية ، إذا كان الحائز للمنقول حسن النية . وتوالى الجهود ، منذ أوائل القرن السابع عشر ، لتضييق من دعوى استحقاق المنقول ، فأُنقصت المدة التي كان يجوز أن ترفع في خلالها وكانت ثلاث سنوات كما حددها جستنيان . ثم ألغيت دعوى استحقاق المنقول بتاتا ، إذا كان المالك هو الذي نقل حيازة المنقول بإرادته إلى شخص ائتمنه عليه فتصرف فيه على غير ما يريد المالك . ولم تسبق دعوى استحقاق المنقول إلا في حالى السرقة والضياع ، فعاد الأمر في القرن الثامن عشر إلى ما كان عليه قبل القرن الثالث عشر . وهكذا بقى القانون الفرنسى القديم متأثرا بالقانون الرومانى طوال خمسة قرون ، ثم يرجع إلى تقاليد القدمة ، واستبعد دعوى الاستحقاق في المنقول .

وورد ذكر استبعاد دعوى الاستحقاق في المنقول ، في القرن الثامن عشر ، في كتاب (٢) لأحد فقهاء القانون الفرنسى القديم — بورجون Bourjon — ظهر في سنة ١٧٤٧ . وقد أرجع بورجون هذه القاعدة إلى قضاء محكمة Chatelet بباريس ، ويبدو على الأرجح أن هذا القضاء كان حديثا وقت أن كتب بورجون (٣) . وقد عدل فقهاء القانون الفرنسى القديم في هذا العهد

(١) ونحورت القاعدة التي كانت تقضى بأن المنقول ليس فيه حق التمتع إلى متى آخر ، فأصبحت تقضى بأن المنقول ليس فيه حق التمتع من طريق الرهن الرسمى meubles n'ont pas de suite par hypothèque أى أن المنقول لا يصبح أن يكون محلا للرهن الرسمى فلا يترتب هذا الرهن إلا حل المقار . أنظر مازو فقرة ١٥٢٢ ص ١٢٢٢ — مارتى ورينو فقرة ٣٩٠ ص ٣٧٨ — بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٢٢٩٢ — فقرة ٢٢٩٤ — عبد الفتاح عبد الباقي في رسالته في دور الحيازة في المنقول ص ٧٠ — ص ٧٨ .

(٢) عنوانه « القانون العام في فرنسا » (La droit commun de la France) .

(٣) أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٩ ص ٣٦٥ وحاشى ٢ — مازو فقرة ١٥٢٢ — مارتى ورينو فقرة ٣٩٠ ص ٣٧٨ — ص ٣٧٩ — بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٢٢٩٨ — فقرة ٣٤٠٠ — وانظر في أن بوتيه لم يقرر ، كما قرر بورجون ، قاعدة تملك المنقول بالحيازة باعتبارها قاعدة مسلما بها في القانون الفرنسى القديم ، بل كان يجعل تملك المنقول رضى دعوى الاستحقاق على الحائز ولو كان حسن النية إلا في حالة سرقة ، وفي الخلاف بين مقررده وبوتيه ومقررده بورجون في هذا الشأن ، وفي أن المادة ٢٢٧٩ مدنى فرنسى اقتبست مما كتبه بورجون لا مما كتبه بوتيه: بودرى وتوسيه فقرة ٨٢٢-٨٢٦ .

الأخير عن العبارة التي كانت مألوفة منذ القرن الثالث عشر من أن المنقول ليس فيه حق التبع (*meubles n'ont pas de suite*) ، إلى عبارة أخرى هي أن « الحيازة تعدل السند » (*possession vaut titre*) . وكان المقصود بهذه العبارة الأخيرة ، في أول الأمر ، أن حائز المنقول إذا ادعى ملكيته لم يطالب بتقديم دليل على هذه الملكية ، وتكفي حيازته للمنقول سنداً له إلى أن يثبت خصمه أنه هو المالك . ثم ظهر قضاء *Châtelet* ، والجديد فيه أنه أعطى لهذه العبارة قوة أكبر بكثير مما كانت عليه ، فلم تعد تعني أن حيازة المنقول تقتصر على مجرد افتراض أن حائز المنقول هو المالك له إلى أن يقوم الدليل على العكس ، بل أصبحت تعني أن حائز المنقول يصبح مالكا له بمجرد الحيازة فلا يستطيع من يدعى استحقاق المنقول أن يسترده من يد الحائز (١) . وعلى ذلك أصبحت العبارة نغيد في القانون الفرنسي القديم معنيين مختلفين. المعنى الأول أن حيازة المنقول طريق لإثبات ملكيته ، يفترض في الحائز أنه هو المالك ولا يكلف تقديم دليل على ذلك وتكفيه الحيازة سنداً ، وذلك إلى أن يقدم مدعى الاستحقاق الدليل على أنه هو المالك دون الحائز . والمعنى الآخر أن حيازة المنقول ليست فحسب طريقاً لإثبات ملكيته ، بل هي أيضاً طريق لكسب ملكيته . فلا تقتصر حيازة المنقول على مجرد إقامة قرينة على ملكيته إلى أن يقوم الدليل على العكس ، بل إن هذه الحيازة تكسب الحائز ملكية المنقول إذا لم يكن مالكا له قبل الحيازة . وقد انتقل هذان المعنيان من القانون الفرنسي القديم إلى القانون الفرنسي الحديث ، حيث أصبحت المادة ٢٢٧٩ مدني فرنسي تعبر بطريق مباشر عن المعنى الثاني (٢) ، وحيث ألحق القضاء الفرنسي المعنى الأول بالمادة نفسها إذ لم يجد نصاً آخر يفيد مباشرة هذا المعنى (٣) . فأصبح لحيازة المنقول دوران ، فهي طريق للإثبات ، وهي سبب لكسب الملكية . وهذا ما تنتقل الآن إليه .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٩ ص ٣٦٦ .

(٢) أنظر ما قاله *Bigot de Préameneu* في هذا المعنى في ١٥ *Jenot* ص ٦٠٠ .

(٣) أنظر في الأصل التاريخي لقاعدة تملك المنقول بالحيازة لأوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٤٤ هامش ٢- بوري ونسيه فقرة ٨١٧-فقرة ٨٢٦-بلايول وريبير وبيكار ٢ فقرة ٣٦٨-فقرة ٣٦٩ - مارف وريينو فقرة ٣٩٠ - عبد الفتاح عبد الباقي في رسالته في دور الحيازة في المنقول ص ١٥ - ص ١١٠ .

٤٣٧- ميازة المنقول لها دورا - طريق لعقوبات وسبب لكسب الملكية :

الملكية : أما أن حيازة المنقول طريق للإثبات ، فيظهر ذلك إذا كان النزاع بين حائز المنقول ومن تلقى الحائز منه الحيازة ، ويكون هذا الأخير في العادة هو المالك ، ويستوى في ذلك أن يكون الحائز حسن النية أو سيئها . وأما أن حيازة المنقول سبب لكسب الملكية ، فإن ذلك إنما يكون إذا كان حائز المنقول قد تعامل مع غير المالك (non domino) وتلقى وهو حسن النية الحيازة منه ، فتكون الحيازة سببا لكسب الحائز ملكية المنقول (١) . فالحيازة إذن تكون طريقا للإثبات إذا تعامل الحائز مع المالك ، وسببا لكسب الملكية إذا تعامل مع غير المالك . ونستعرض كلا من هذين الدورين :

(الدور الأول) حيازة المنقول طريق للإثبات : الحائز للمنقول ، كالحائز للعقار ، يفترض فيه أنه المالك لما يحوزة . وافترض أن الحائز هو المالك لا نص عليه في التقنين المدني الفرنسي ، ولكنه يستخلص من تقاليد القانون ، ومن الفهم السليم ، وبما جرى عليه القضاء الفرنسي في تتابع واضطراب . ولما كان القضاء الفرنسي لا يجد نصا صريحا يستند إليه في هذه المسألة ، فقد اضطر للالتجاء إلى المادة ٢٢٧٩ مدني فرنسي يستند إليها في ذلك (٢) . أما في مصر ، ففي التقنين المدني المصري نص صريح في هذا المعنى ، فقد نصت المادة ٩٦٤ مدني فيما قدمناه على أن « من كان حائزا للحق اعتبر صاحبه ، حتى يقوم الدليل على العكس » . فالحيازة القانونية تفترض الملكية عند الحائز ، إلى أن ثبت العكس . ثم إن الحيازة المادية تفترض الحيازة القانونية ، فقد نصت المادة ٩٦٣ مدني فيما رأينا على أنه « إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق احد ، اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية ، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة » . فإذا طبقنا هذه النصوص على

(١) أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٣ من ٣٧٠ - مازو فقرة ١٥٢٤ - نظر في التقنين المدني الألماني المادتين ٩٣٢ و ١٠٠٦ - وفي التقنين المدني السويسري دتين ٩٣٠ و ٩٣٣ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٤ - أنسكلو بيدى دالوز لفظ Revendication ١٠١ - عبد الفتاح عبد الباقي في رسالته في دور الحيازة في المنقول ص ١٥١ -

حيازة المنقول ، أمكن القول بأن التقنين المدني المصرى صريح فى أن من يحوز المنقول حيازة مادية يفترض فيه أنه يحوزه حيازة قانونية ، ومن يحوزه حيازة قانونية يفترض فيه أنه مالكة ، وذلك كله ما لم يعم الدليل على العكس . وعلى ذلك تكفى الحيازة المادية للمنقول حتى يستلص منها الحيازة القانونية ، والحيازة القانونية بدورها تفترض فى حائز المنقول أنه مالكة ، ويستوى فى ذلك كما قلنا أن يكون حائز المنقول حسن النية أو سيئها .

وافترض أن حائز المنقول يملكه يقوم فى جميع الأحوال ، ولا يطلب من الحائز أن يقدم الدليل على ملكيته إذ أن ملكيته مفترضة . ويطلب من مدعى الاستحقاق أن يقدم هو الدليل على ملكيته . ولكن أكثر ما يستعين فيه حائز المنقول بهذا الافتراض عندما يقوم نزاع بينه وبين من تلقى منه الحيازة على ملكية المنقول ، فيطلب هذا الأخير من الحائز أن يرد له المنقول مدعيا أنه إنما تخلى له عن حيازته على سبيل الوديعة أو على سبيل العارية مثلا . ويدعى الحائز أنه إنما تلقى ملكية المنقول من هذا الحائز السابق وقد اشتراه منه مثلا أو وهبه هذا إياه . ويتحقق ذلك بوجه خاص إذا وجدت منقولات ذات قيمة ، كمجوهرات ، أو سندات لحاملها أو أثاث ، فى يد قريب أو وارث أو خادم أو ممرضة أو خلية لشخص كان يملك هذه المنقولات ثم توفى ، ويطلب الورثة باستردادها من الحائز . ويدعى الحائز أن المورث قد وهبها إياه (١) . فعند ذلك يستطيع الحائز أن يتمسك بالحيازة قرينة على أن الملكية قد انتقلت إليه من المورث بموجب تصرف قانونى صحيح ولا يطلب منه إثبات هذا التصرف (٢) . ولكن يشترط فى ذلك أن يثبت الحائز أن حيازته للمنقولات حيازة حقيقية . وأنها مقترنة بنية التملك (*animo domini*) ، وأنها خالية من العيوب . فحيازة المنقولات حيازة رمزية ، عن طريق تسليم السندات المغطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة فى المخازن ، ليست حيازة حقيقية (انظر م ٢/٩٥٤ مدنى) . ولا يعتبر المشتري قد حاز المبيع حيازة حقيقية . إذا هو تركه فى يد البائع يحوزه نيابة عنه *constitut possessorie* (٣) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٥ .

(٢) كاربونيه ص ٢٦٠ .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٨٥٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٦ ص ٢٧٣ .

ولكن يعتبر حيازة حقيقية تسلم الحائز مفاتيح المكان أو الصندوق الذي أودع فيه المنقول ، بحيث يستطيع الاستيلاء على المنقول في أى وقت يشاء (١) . ونية التملك مفترضة عند الحائز ، إلا إذا أقام مدعى الاستحقاق الدليل على أن الحيازة إنما هي حيازة عرضية غير مقترنة بنية التملك (٢) . ويجب أن تكون الحيازة خالية من عيب الإكراه ، ومن عيب الخفاء ، ومن عيب الغموض (٣) .

فإذا أثبت الحائز حيازته للمنقول على النحو الذى قدمناه ، فإنه لا يكلف تقديم الدليل على أنه مالك للمنقول إذ أن الحيازة تفترض وجود الملكية عنده ، ويحمل مدعى الاستحقاق عبء إثبات أن الحيازة لم تتوافر فيها الشروط المطلوبة . فله أن يثبت أن الحيازة حيازة عرضية بأن يثبت مثلا وجود عقد ودعية أو عقد وكالة أو عقد عارية أو أى عقد آخر يعترف بموجبه الحائز أنه لا يجوز المنقول إلا لحساب مالكة وأنه ملتزم برده له (٤) . ويسرى في إثبات هذا العقد القواعد العامة في الإثبات ، فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة المنقول على عشرة جنيهات (٥) . ولمدعى الاستحقاق أيضا أن يثبت أن الحيازة حيازة خفية ، كأن يثبت مثلا أن الحائز قد أخفى السندات لحاملها فلم يذكرها في محضر حصر التركة على أنها كانت للميت ثم وجه لإياها ، وجعل يقبض « كويوناتا » بواسطة الغير مدة طويلة ، فلما اشهر أمرها عند الورثة تمسك الحائز بحيازتها . ففي مثل هذا الفرض تكون الحيازة حيازة خفية ، فلا يعتد بها ولا تكون قرينة على الملكية (٦) . وعيب الخفاء واقعة مادية ، يجوز إثباتها بجميع الطرق . ولمدعى الاستحقاق أن يثبت أن الحيازة حيازة خامضة ، كأن يثبت مثلاً أن الحائز كان في معيشة واحدة مع المورث (cohabitation)

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٨٥٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧٦ ص ٢٧٢ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٦١ وقرة ٢٧١ .

(٣) نقض فرنسي ٢١ فبراير سنة ١٩٥٦ دالوز ١٩٥٦ - ٢٨٧ - ٢٠ يونيو سنة ١٩٦١

. II J.C.P. ١٢٣٥٢ .

(٤) استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠١ - نقض فرنسي ٢٤ يونيو

١٩١٢ دالوز ١٩١٤ - ١ - ٣٦ - ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٤ - ١ - ١٢١ .

(٥) نقض فرنسي ١٢ مارس سنة ١٩١٨ دالوز ١٩٢١ - ١ - ١٤٨ .

(٦) نقض فرنسي ٢٧ مارس سنة ١٨٩٠ دالوز ٩٠ - ١ - ٤١٣ - ١٥ أبريل

سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ٣٨٨ .

وأن المنقولات انتقلت إلى يده بحكم هذه المعيشة الواحدة ، فيشوب الحيازة غالباً عيب الغموض ، ومن ثم لا يعتد بها ولا تكون قرينة على الملكية (١) . وعيب الغموض هو أيضاً واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق . ويترك التقدير فيها لقاضي الموضوع (٢) . ولمدعى الاستحقاق كذلك أن يثبت أن الحائز إنما استولى على المنقولات بطريق الاحتيال والغش ، فلا يعتد عندئذ بالحيازة ولا تكون قرينة على الملكية ، ويجوز إثبات الاحتيال والغش بجميع الطرق .

فإذا ما نجح مدعى الاستحقاق في إثبات شيء مما تقدم ، وأصبحت الحيازة لا يعتد بها كقرينة على الملكية ، فإن عليه أن يثبت ملكيته هو أو ملكية مورثه للمنقولات ولو عن طريق حيازة سابقة ، ليسترد هذه المنقولات بدعوى الاستحقاق التي رفعها (٣) . وقد يستردّها بالدعوى الشخصية ، إذا ما أثبت مثلاً أن الحائز ، كان مودعاً عنده أو مستعيراً وأن عليه التراما بالرد (٤) . أما إذا لم ينجح مدعى الاستحقاق في إثبات ما يوجهه من طعن في الحيازة ، فإن الحيازة تبقى محتفظة بقيمتها . وتكون قرينة على ملكية الحائز (٥) . ولكن هذه

(١) مقصر فرنسي ٢١ يوفيه سنة ١٩١١ ميره ١٩١٢ - ١ - ٥٨ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٧ ص ٣٧٥ .

(٣) بودري وتيسيه فقرة ٨٥٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٨ ص ٣٧٦ -

ص ٣٧٧ - وانظر عكس ذلك أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ هامش ٢٦ .

(٤) ولكن الدعوى الشخصية تعرض مدعى الاستحقاق لأن يزاحمه سائر دائي الحائز

(بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٨ ص ٣٧٧) . وإلى جانب هذه الميزة لدعوى الاستحقاق

على الدعوى الشخصية توجد ميزات أخرى : (١) قد تكون الدعوى الشخصية سقطت

بالتقادم ، فلا يكون أمام المالك في هذه الحالة إلا دعوى الاستحقاق وهي لا تسقط بالتقادم .

(ب) قد يكون المنقول سلم بعقد ناقص الأهلية ، فإذا أبطال العقد لم يعد للمالك إلا دعوى

الاستحقاق . (ج) قد يكون المنقول أوصى بقربته لشخص وبحق الانتفاع فيه لشخص آخر ،

ويضع صاحب حق الانتفاع يده على المنقول باعتباره ملكاً له انتفاعاً ورقية ، فلا يستطيع

مالك الرقبة إلا أن يرفع دعوى الاستحقاق في هذه الحالة ، إذ لا توجد رابطة شخصية تربطه بصاحب

حق الانتفاع حتى يجوز له رفع الدعوى الشخصية . أنظر في ذلك كولان وكابيتان ودی

لامورانديير ١ فقرة ١٢١٧ ص ٩٩٣ .

(د) ولا يكتفى الحائز إقامة الدليل على التعرف القانوني الذي يدعي أنه نقل إليه الملكية

من المورث . كبيع أو هبة . ويعتبر الحائز كأنه تلقى الملكية من المورث بالبيع الذي يدعيه

أولاً بالجملة التي يدعيها ، وتصرى عليه أحكام البيع أو الهبة (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة

٣٧٩ - تعليق بلانيول في دالوز ١٩٠٤ - ٢ - ٢٨٩) .

القرينة قابلة لإثبات العكس ، ولا يكفي لدحضها أن يثبت مدعى الاستحقاق أنه كان يملك المنقول . إذ تبقى قرينة انتقال هذه الملكية منه إلى الحائز بفضل الحيازة الثابتة قائمة . بل على مدعى الاستحقاق أن يثبت ملكيته للمنقول ، وأن يثبت فوق ذلك أن الملكية لم تنتقل إلى الحائز بتصرف قانوني خال من العيوب ^{١١} .

(الدور الثاني) حيازة المنقول سبب لكسب الملكية : ويفرض هنا أن الحائز تلقى الحيازة وهو حسن النية ، لا من المالك كما هو الأمر في الحيازة التي تكون طريقاً للإثبات ، بل من غير المالك . فيكسب الحائز ملكية المنقول ، لا بموجب التصرف القانوني الصادر من غير المالك فان هذا التصرف لا ينقل الملكية ما دام قد صدر من غير المالك ، ولكن بموجب الحيازة نفسها التي تعتبر في هذه الحالة سبباً لكسب ملكية المنقول . وذلك ما لم يكن المنقول قد سرق من مالكة أو ضاع منه ، فان المالك في هذه الحالة ، وقد خرج المنقول من حيازته بغير إرادته ، يعامل معاملة أفضل من المالك الذي خرج المنقول من حيازته بإرادته ووضع ثقته فيمن لا يستحقها ، فتخلى عن حيازة المنقول لشخص خان الأمانة وتصرف في المنقول لحائز حسن النية .

وعلى ذلك يستطيع المالك ، في حالي السرقة والضياع ، أن يسترد المنقول من الحائز بالرغم من حسن نيته على تفصيل سيرد بيانه فيما يلي .

وهذا الدور الثاني لحيازة المنقول ، وهو أن تكون الحيازة سبباً لكسب

(١) أنظر في تفصيل هذه المسألة عبد الفتاح عبد الباقي رسالته في دور الحيازة في المنقول ص ٤٩٣ - ص ٥٧٠ - قاون شفيق شحاته فقرة ٢١٩ - محمد علي حرة ٢ فقرة ١١١ - فقرة ١١٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٣٩ - ويلاحظ أنه إذا لم ينسحب الطعن في حيازة الحائز وبقيت الحيازة محتفظة بقيمتها فانه يفترض أن لدى الحائز سنداً نقل إليه الملكية من مدعى الاستحقاق (بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٤٣٦ - أنيكلو بيدي دالوز ٤ لفظ Revendication فقرة ١٠٢) . ولا يكلف الحائز إثبات وجود هذا السند ، ولكن يجب على الأقل أن يبين على وجه التحقيق ما هو السند الذي يتمسك به ، وذلك حتى يتيسر لمدعى الاستحقاق أن يقدم الدليل المكفي لنقض هذا السند (أنيكلو بيدي دالوز ٤ لفظ Revendication فقرة ١٠٥) .

الملكية ، هو الذى يعيننا هنا ، ففتصر عليه فى بحثنا (١) . ونتكلم أولاً
فى القاعدة العامة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية ، ثم نتكلم
فى حكم الحيازة إذا كان المنقول مسروقاً أو ضائعاً .

§ ١ - القاعدة العامة - الحيازة فى المنقول سند الملكية

٤٣٨ - شروط تطبيق القاعدة ومآثر التى تنب على تطبيقها :
وهناك شروط لابد من توافرها حتى يمكن تطبيق القاعدة التى تقضى بأن الحيازة
فى المنقول سند الملكية ، فإذا ما توافرت هذه الشروط ووجب تطبيق القاعدة
نتج عن تطبيقها آثار معينة .

١ - الشروط الواجب توافرها لتطبيق القاعدة

٤٣٩ - شروط أربعة : يجب لتطبيق القاعدة توافر شروط أربعة :
(١) أن يكون هناك منقول . (٢) وأن يخضع هذا المنقول لحيازة صحيحة .
(٣) وأن يصحب هذه الحيازة سبب صحيح . (٤) وأن تقتصر الحيازة بحسن النية (٢) .

٤٤٠ - الشرط الأول - المنقول المرئى تطبيق عليه القاعدة - المنقول المادى
تنطبق القاعدة على كل منقول مادى ، أى كل شيء يمكن أن ينتقل
من مكان إلى آخر دون تلف ، فيدخل فى ذلك العروض والحيوانات والمأكولات
والمشروبات وأثاث المنزل والبضائع والكتب والورق والأقلام والسيارات
والمركبات وأكشاك الأسواق والمعارض وخيام البدو الرحل وخيام الكشافة
ومواد البناء ما دامت لم تشيد والأقفاص المهلمة من البناء وغير ذلك من المنقولات

(١) وهو يختلف عن الدور الأول ، كما رأينا ، فى لبرين : أولها أن الحائز فى الدور
الثانى يظل الحيازة من غير الملك ويتلقاها فى الدور الأول من الملك ، والأمر الثانى أن
الحائز فى الدور الثانى يجب أن يكون حسن النية ولا يشترط حسن النية فى الدور الأول .
(٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى هذا الصدد : ويشترط فى
تملك المنقول بالحيازة ماهاى : (أ) أن يكون الشيء منقولاً أو حقاً حياً على منقول
كزمن حيازة أو سند لحامله وهو منقول معنوى تجسد فأخذ حكم المنقول المادى . (ب) أن
تكون هناك حيازة متوافرة الشروط . (ج) أن تكون الحيازة مقترفة بحسن النية ، وحسن
النية مفروض كما هى القاعدة . (د) أن تستند الحيازة إلى سبب صحيح ، والسبب الصحيح
يفرض هنا بخلاف السبب الصحيح فى التقادم . فجرد الحيازة إذن يفرض معها حسن
النية والسبب الصحيح ، حتى يقوم الدليل العكس » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٤) .

المادية^(١). وتعتبر النسخة الأصلية من المصنف (manuscrit) منقولا ماديا فتطبق عليه القاعدة ، ومن ثم إذا اشترها شخص حسن النية من غير المالك تملكها بالحيازة . ولكن لا يترتب على انتقال الملكية إلى الحائر أن تنتقل إليه حقوق المؤلف ، ولا يكون له الحق في نشر المصنف ، ومن جهة أخرى لا يجوز للمؤلف أن يلزم الحائر بأن يمكنه من نسخ النسخة الأصلية إلا باتفاق معه^(٢) . ويستثنى من المنقولات المادية فلا تخضع للقاعدة : (١) المنقولات المعتبرة من الأملاك العامة ، لأنها غير قابلة للتملك فلا يجوز تملكها بالحيازة . ويدخل ضمن هذه المنقولات المستندات والوثائق المحفوظة لدى الوزارات والمصالح المختلفة أو دار المحفوظات العامة ، والتحف والتماثيل والصور المعروضة بالمتاحف العامة ، والتماثيل والمنقولات الأثرية^(٣) ، والكتب والمخطوطات الموجودة بالمكتبات العامة ، والذخائر والأسلحة والمهمات الحربية ، وكل منقول آخر خصص للمنفعة العامة^(٤) . وتستطيع الدولة أو الشخص العام أن يسرد هذه المنقولات من أى حائر لها ولو كان حسن النية وتوافرت فيه شروط تملك المنقول بالحيازة ، ويسردها في أى وقت كان ولو بعد انقضاء خمس عشرة سنة أو أكثر^(٥) . (٢) المنقولات الخاضعة للقيود أو المنقولات ذات

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٢٦-فقرة ٢٧ .

(٢) الوسيط ٨ فقرة ٢٢٤ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٦ - ص ١٥٧ - بودري وتيسيه فقرة ٨٤٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٠ ص ٣٦٧ . عبد المنم فرج الصدة فقرة ٤٤٢ ص ٦٧٨ - ص ٦٧٩ - ونرى من ذلك أن القاعدة لا تنطبق على الملكية الأدبية والفنية الصناعية والتجارية لأنها تقع على شيء غير مادي (نقص مدني ١٢ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٥١ ص ١١١٤ - نقض فرنسي ٢٦ فبراير سنة ١٩١٩ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ٢١٥) .

(٣) نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٨ ص ٢١٥ - استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١ .

(٤) الوسيط ٨ فقرة ٥٤ ص ١١٩ وفقرة ٥١ ص ١٢٦ .

(٥) أنظر في عدم انطباق القاعدة على رسالة كتبها موليير بخطه autographe de Molière وتملكها المكتبة الملكية بباريس : باريس ٣ يناير سنة ١٨٤٦ دالوز ٢-٢١٢ - ٢١٣ - وعلى منقولات توثقت أماكن العبادة : روان ١٣ نوفمبر سنة ١٩٦١ جازيت دي باليه ١٩٦٢ ١ - ٩٩ . وقد سبق أن قررنا في الجزء الثامن من الوسيط : « وكلا لا يجوز تملك الشيء العام بالتفاد ، كذلك لا يجوز تملكه إذا كان منقولا بالحيازة . وعلى هذا يجوز للشخص الإداري أن يسرد الشيء العام المنقول من تحت يده حائزه ، ولو كان هذا الحائر حسن النية . وإذا كان الشيء العام المنقول قد سرق أو ضاع ثم اشتره شخص حسن النية ، فإن الشخص الإداري يستطيع أن يسرده منه ولا يلزمه برد الشيء إليه إذا كان المشتري قد اشترى المنقول المسروق أو الضائع في سوق عامة أو من تاجر يحصل في مثل هذا المنقول » (الوسط ٨ فقرة ٨٦ ص ١٥٣) .

الطبيعة الخاصة : وأهم هذه المنقولات هي السفن والطائرات ، إذ يمكن تعيين مكان ثابت لها لا يتغير تفيد فيه السفينة أو الطائرة ، كما تفيد التصرفات الواردة على أى منهما . والقيد (immatriculation) هنا يعدل التسجيل (transcription) أو القيد (inscription) في العقارات . ومن ثم لا تنتقل ملكية هذه المنقولات ما لم يشهر التصرف ، فهي منقولات تلحق بالعقارات من هذه الناحية ، وهي كالعقارات لا تخضع لقاعدة تملك المنقول بالحيازة (١) .

وما دام المنقول المادى هو الذى يخضع للقاعدة على النحو الذى قدمناه ، فلا تخضع لها إذن العقارات بطبيعتها . كذلك لا يخضع لها العقار بالتخصيص ، وهو المنقول الذى يضعه صاحبه في عقار يملكه رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله . وما دام هذا المنقول ملحقا بالعقار ، فإنه يسترده مع العقار بدعوى الاستحقاق (٢) ، ولا تحول دون ذلك قاعدة تملك المنقول بالحيازة لو أن حائزا حسن النية حاز العقار وما ألحق به من عقار بالتخصيص (٣) . ولكن

(١) أنظر القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ بشأن تسجيل السفن التجارية والقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ بشأن حقوق الامتياز والرهون البحرية ، والمشروع الجديد للقانون البحرى ، واتفاقية شيكاغو المبرمة في ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ وقد ارتبطت مصر بأحكامها ومن هذه الأحكام إخضاع الطائرات لإجراء التسجيل على النحو المقرر بالنسبة إلى السفن - وانظر الوسيط ٨ فقرة ٢٨ . ولكن هذه المنقولات ذات الطبيعة الخاصة الخاصة للقيد لا تعتبر عقارا بل منقولا ، ومن ثم لا تخضع للتقدم المكسب القصير ، وإنما تخضع للتقدم المكسب الطويل (بودرى وتيسيه فقرة ٨٤٥) .

ولا تخضع الثمار ، وإن كانت منقولا ، لقاعدة تملك المنقول بالحيازة . فإنها ، وإن كانت هي الأخرى تملك بالحيازة أى بالقبض ، إلا أنها تسرى عليها أحكام قاعدة أخرى غير القاعدة التى تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية ، وسيأتى بيان ذلك (أنظر م ٩٧٨ مدغ) .

(٢) استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٩ .

(٣) وهناك رأى يذهب إلى عدم انطباق القاعدة على المنقولات التابعة لعقار حتى لو لم تكن هذه المنقولات عقارا بالتخصيص ، كنزل يباع بالأثاث الذى فيه ، فان المالك الحقيق للمنزل والأثاث يستطيع أن يسترد من الحائز حسن النية المنزل والأثاث جميعاً (كولان وكايبتان ودى لامور انديير ١ فقرة ١٢١٤ ص ٩٨٩ - بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٠ ص ٣٦٧ هامش ٣) . وقد ساد هذا الرأى في الفقه المصرى (محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٠٨ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١١٤ ص ٢١٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٤٣ ص ٥٨٩ - ص ٥٩٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤٢ ص ٦٨١) . ولكن لو باع مالك العقار عقاره وفيه منقولات غير مملوكة له ، فان المشتري حسن النية يملك هذه المنقولات بالحيازة (منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٥ ص ٤٣٩ امش ٣) .

إذا فصل العقار بالتخصيص عن العقار، فإنه يرجع متولاً بطبيعته كما كان قبل إلحاقه بالعقار، ومن ثم يخضع للقاعدة ويصبح تملكه بالحيازة. فإذا استأجر شخص أرضاً زراعية بما عليها من مواش وآلات زراعية مملوكة لصاحب الأرض، وفصل المستأجر ماشية أو آلة زراعية منها وباعها لمشتري حسن النية، فإن هذا المشتري يملك الماشية أو الآلة الزراعية بمجرد الحيازة، ولا يجوز دون ذلك أن الماشية أو الآلة الزراعية كانت في الأصل عقاراً بالتخصيص ما دامت قد فصلت عن الأرض^(١).

ولا يخضع للقاعدة الحقوق الشخصية، كالديون (créances) والأوراق التجارية (effets de commerce)، فإن الديون تنتقل بالحالة (cession de créance)، والأوراق التجارية تنتقل بالتحويل (transfert) أو بالتظهير (endossement)^(٢). ويستثنى من ذلك السندات لحاملها، فسرى^(٣) أنها تخضع للقاعدة ويجوز تملكها بالحيازة.

ولا يخضع للقاعدة المجموع من المال (universalité)، لأنه لا يقبل الحيازة. ومن ثم لا يخضع للقاعدة المتجر (fonds de commerce)^(٤).

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٨٤٦ ص ٦٧٥ - أما المنقول بحسب المال فالأمر فيه يختلف فانه وقت أن يشتريه شخص حسن النية يكون عقاراً يستطيع المشتري أن يتصرف من ماله. فإذا اشترى شخص أشجاراً على أن تقطع وتسلم إليه، أو اشترى منزلاً على أن يهدم ويسلم إليه أنقاصاً، فهناك خلاف فيما إذا كانت قاعدة تملك المنقول بالحيازة تنطبق في هذه الحالة. انظر في انطباقها بودرى وتيسيه فقرة ٨٤٦، وانظر في عدم انطباقها Rodière في مجلة التشريع ٤٢ ص ٣٢١. ونحيل إلى الأخذ بالرأى بالثاني، وقد قضت محكمة الاستئناف المطلة بأن المشتري لسقف قديم قبل أن يفصل عن البناء الذي هو فيه ليس له أن يتسلط بالقاعدة (استئناف مخطط ١٤ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٢٥).

(٢) لوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٥ - بودرى وتيسيه فقرة ٨٤٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٠ ص ٣٦٦ - نقض فرنسي ٤ نوفمبر سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ ١ - ٤٤ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعي ١٩٣٠ - ٣ - ١٦ مارس سنة ١٩٣٠ دالوز الأسبوعي ١٩٣٠ - ٤١٢.

(٣) انظر مايل فقرة ٤٤١.

(٤) بودرى وتيسيه فقرة ٨٤٣ مكررة - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٠ - نقض فرنسي ٢٦ يناير سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٤ ١ - ١١٢.

ولا التركة ولو لم تشتمل إلا على مقولات فإن المطالبة بالتركة إنما تكون بدعوى الإرث لا بدعوى الاستحقاق (١) .

٤٤١ - السند لحامله : رأينا (٢) أن الفقرة الأولى من المادة ٩٧٦ مدني تقول : « من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله » . فالحق السند لحامله (titre au porteur) بالمنقول في تطبيق المادة ٩٧٦ مدني ، فإذا انتقلت إلى شخص حسن النية حيازة سند لحامله بسبب صحيح تملك هذا السند بمجرد الحيازة . والسند لحامله هو حق شخص (créance) الدائن فيه هو أى شخص يحمل السند ، فينتقل هذا الحق لا عن طريق الحوالة (cession de créance) كما تنتقل الحقوق الشخصية ، ولا عن طريق التحويل (transfert) كما تنتقل السندات الاسمية (titres nominatifs) ، ولا عن طريق التظهير (endossement) كما تنتقل السندات الإذنية (titres à ordre) ، بل عن طريق المناولة من يد إلى يد ، فأى شخص يحمل السند يكون هو الدائن كما قدمنا . وعلى ذلك يختلط الحق الشخصي في السند لحامله بالورقة ذاتها التي تثبت السند ، ويصبحان شيئاً مادياً واحداً هو هذه الورقة التي أثبتت فيها السند . ويتجسد الحق الشخصي في الورقة ، فنتقل إليه ماديته . ويصبح السند لحامله في حكم المنقول المادى ، كل من يجوز له بحسن نية يعتبر مالكا له كالمنقول المادى سواء بسواء ومن أجل ذلك أدخل المشرع السند لحامله في نطاق تطبيق المادة ٩٧٦ مدني ، شأنه في ذلك شأن المنقول المادى (٣) .

وكما يخضع السند لحامله لقاعدة تملك المنقول بالحيازة ، كذلك تخضع « كوبرونات » (conpms) لنفس القاعدة . فن حاز هذه الكوبرونات بحسن نية وبسبب صحيح ، يصبح مالكا لها (٤) .

وإذا ظهر السند الإذني على بياض (endossé en blanc) ، فأصبح

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٥ - بودرى وتيسيه فقرة ٨٣٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥ .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٨٤١ .

(٤) بودرى وتيسيه فقرة ٨٤١ ص ٦٧٢ هامش ٢ .

يُتغَل بالمانولة من يد إلى يد ، فانه يأخذ حكم السند لحامله ، ويدخل كالتعهد لحامله في نطاق تطبيق المادة ٩٧٦ مدنى (١) .

والأوراق النقدية (billets de banqu) هى فى الواقع سندات لحاملها ، ومن ثم تدخل فى نطاق تطبيق المادة ٩٧٦ مدنى . فمن حاز بحسنية وبسبب صحيح ورقا نقديا من غير مالكة ، فانه يملكه . أما إذا كان سوء البينة . فإن المالك الورق النقدى ، على فرض أنه أمكن التعرف على ذاتية هذا الورق النقدى وهذا نادر ، أن يسترده منه بدعوى الاستحقاق . وكالورق النقدى النقود المعدنية ، إذا أمكن التعرف على ذاتيتها (٢) .

٤٤٢ - الحقوق العينية على المنقول : ويدخل كذلك فى نطاق تطبيق المادة ٩٧٦ مدنى الحقوق العينية على المنقول (م ١/٩٧٦ مدنى) ، وذلك بشرط أن يكون الحق العينى على المنقول قابلا للحيازة . ويقبل الحيازة من الحقوق العينية على المنقول حق الانتفاع بالمنقول وحق استعماله ، ورهن حيازة المنقول ، وحق الامتياز على المنقول .

فأما حق الانتفاع بالمنقول (usufruit) وحق استعماله (usage) ، فيكسبان ، كما تكسب ملكية المنقول نفسه ، بالحيازة إذا اقترنت بسبب صحيح وتوافر حسن النية عند الحائز . فإذا رتب غير المالك ، على منقول مادمى ، لشخص حق انتفاع أو حق استعمال ، وتسلم هذا الشخص المنقول وهو حسن النية للانتفاع به أو لاستعماله ، فإنه يملك حق الانتفاع أو حق الاستعمال بالحيازة . والسبب الصحيح هنا هو عقد إنشاء حق الانتفاع أو حق الاستعمال ، وقد صدر من غير مالك المنقول . والاعتبارات التى بنى عليها تملك حق الانتفاع أو حق الاستعمال فى المنقول بالحيازة هى نفس الاعتبارات التى بنى عليها كسب ملكية المنقول نفسه بالحيازة : استقرار التعامل فى المنقول ومقتضيات سرعة التداول . وقد نصت المادة ١/٩٨٥ مدنى على أن « حق الانتفاع يكسب بعمل قانونى أو بالشفعة أو بالتقادم » ، وأغفل النص الحيازة فى المنقول سهوا ، ولا يشملها التقادم لأن التملك بالحيازة غير التملك بالتقادم كما سيأتى .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧١ ص ٣٦٨ .

(٢) بودى وتيسيه فقرة ٨٤٢ .

وأما حق رهن الحيازة في المنقول : فقد ورد في شأنه نص صريح . إذ نصت المادة ١١١٨ مدني على أن « ١ - الأحكام المتعلقة بالآثار التي ترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التي لحاملها تسري على رهن المنقول . ٢ - وبوجه خاص يكون للمرتهن إذا كان حسن النية أن يتمسك بحقه في الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون . كما يجوز من جهة أخرى لكل حائر حسن النية أن يتمسك بالحق الذي كسبه على الشيء المرهون ولو كان ذلك لاحقاً لتاريخ الرهن » . وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام في رهن الحيازة في الجزء العاشر من الوسيط . ويكفي هنا أن نقرر أنه إذا رتب غير المالك على المنقول حق رهن حيازة لشخص تسلم المنقول على سبيل الرهن وهو حسن النية . فإن هذا الشخص يصبح دائماً مرتهناً للمنقول . لا بموجب عقد الرهن إذ هو صادر من غير المالك . ولكن بموجب الحيازة الواقعة على حق الرهن لا على حق الملكية . والسبب الصحيح هنا هو عقد الرهن الصادر من غير المالك . ويستطيع الحائر أن يحتج بهذا الرهن على المالك الحقيقي للمنقول (١) . واستقرار التعامل في المنقول . هنا أيضاً ، هو الذي يبرر كيف يكسب الدائن حق رهن الحيازة في المنقول بالحيازة . إذا صدر الرهن من غير مالك المنقول (٢) . وتبين أهمية ذلك بوجه خاص بالنسبة إلى بنوك المرهون : فهي تقرض المدينين وتأخذ ضماناً للقرض رهن حيازة على منقول يقدمه المدين . كسندات لحاملها أو مجوهرات أو غير ذلك من المنقولات . ولا يستطيع الدائن أن يثبت مما إذا كان المدين هو المالك للمنقولات المرهونة . فمن حقه أن يستند إلى حيازة المدين الراهن للمنقول ليضمن إلى أنه هو المالك ، وإلا لما استقر التعامل ، ولتعطل هذا الوجه من وجوه الائتمان .

وأما حق الامتياز على المنقول ، فإنه يثبت بالحيازة مع حسن النية حيث

(١) استئناف مخطط ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٢٧ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٢٩٥ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٨٢ - ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ انحامة ١٤ رقم ٢٧٥ ص ٥٤٠ - ولدائن المرتهن حسن النية أن يحتج برهته على الدائن صاحب الامتياز كالمتأجر (استئناف مخطط ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٠٥) وكالبائع (استئناف مخطط ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٠) .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٨٦٨ .

يكون حق الرهن مبنيًا على فكرة الرهن الضمني ، فيأخذ حكم رهن الحيازة على النحو الذي قدمناه . من ذلك امتياز المؤجر على المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة . فانه يثبت « ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر أو كانت مملوكة للغير . ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها . وذلك دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة » (م ١١٤٣ / ٢ مدني) . ومن ذلك أيضا امتياز صاحب الفندق على أمتعة التزيل . فيقع الامتياز على الأمتعة « ولو كانت غير مملوكة للتزيل . إذ لم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت إدخالها عنده بحق الغير عليها ، بشرط ألا تكون تلك الأمتعة مسروقة أو ضائعة » (م ١١٤٤ / ٢ مدني) .

٤٤٣- الشرط الثاني- الحيازة : ويجب أن يحوز الشخص المنقول حيازة صحيحة : حتى يملكه . والحيازة هنا هي سبب كسب ملكية المنقول ، أو سبب كسب الحق العيني على المنقول كحق الانتفاع وحق رهن الحيازة . وحتى تكسب الحيازة الحائز الملكية أو الحق العيني ، يجب أن تكون حيازة حقيقية : وأن تكون متوافرة على عنصرها المعنوي إلى جانب هذا العنصر المادي ، وأن تكون خالية من العيوب . وقد قدمنا مثل ذلك في الحيازة عندما نقوم بدورها الآخر ، كطريق للإثبات لا كسبب الملكية (٢) .

فيجب أن تكون الحيازة حيازة حقيقية (réelle) ، فحيازة المنقول حيازة رمزية لا تكفي كما إذا تسلم الشخص البضائع المعهود بها إلى أمين النقل

(١) ويفعب رأي إلى أن المصدر المباشر هنا هو النص ، « وإذا كان المشرع يقرر الامتياز على منقولات غير مملوكة بشروط خاصة ، فهو ليست شروط قاعدة الحيازة ، لأن حيازة المنقول محل الامتياز لا تكون للمؤجر أو صاحب الفندق بل للمستأجر أو التزيل ، كما أن هذه الحيازة لا تمتد إلى سبب صحيح » (منصور مصطلح منصور فقرة ١٨٥ ص ٤٤٢ - ص ٤٤٣ - وقرب عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٧٤ هامش ١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤٣ ص ١٨٢) . وإذا صح أن المصدر المباشر حق الامتياز هو النص ، فإن النص فيما نحن بصدده إنما هو تطبيق لقاعدة الحيازة . إذ الأصل أن الامتياز لا يثبت إلا على منقول مملوك للدين ، فأثبت النص هنا على منقول غير مملوك للدين ، وراعى في ذلك توافر شروط قاعدة الحيازة . أما السبب الصحيح فوجود ، إذ أن امتياز المؤجر أو صاحب الفندق إنما يقوم على رهن ضمني ، فاذا وقع هذا الرهن الضمني على منقول غير مملوك للدين اعتبر ، سبباً صحيحاً

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٣٧ .

أو المودعة في المخازن عن طريق تسليم سنداتها (١). كذلك لا تعتبر حيازة المشتري للمنفق المبيع حيازة حقيقية، إذا هو تركه في يد البائع يحوزه نيابة عنه (constitut possessorie). ويعتبر حيازة حقيقية تسليم الحائز مفاتيح الصندوق الذي أودع فيه المنقول. بحيث يستطيع الاستيلاء عليه في أى وقت شاء (٢). وكون الحيازة حيازة حقيقية من مسائل الواقع، يستقل بتقديرها قاضى الموضوع (٣).

ويجب أن تكون الحيازة حيازة أصيلة (animo domini) لا حيازة عرضية (précaire)؛ فيجب أن يحوز الحائز لحساب نفسه لا لحساب الغير، وبنية التملك أو بنية كسب الحق العيني محل الحيازة. ويفترض في الحيازة أن تكون حيازة أصيلة لا حيازة عرضية، وعلى مدعى الاستحقاق أن يثبت العكس، فيثبت أن الحائز لا يحوز لحساب نفسه بل لحساب غيره. فإذا أثبت

(١) أنظر عكس ذلك منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٥ ص ٤٤١ - حسن كبرى ص ١١٥.

(٢) لوران ٣٢ فقرة ٥٥٥ - جيوار فقرة ٨٦١ - فقرة ٨٦٢ - ترولون فقرة ١٠٦٢ - فقرة ١٠٦٣ - بودرى وتيسيه فقرة ٨٤٩ ص ٦٧٨ - بلانويل وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٦ ص ٣٧٣ - شفيق شحاته فقرة ٢١٥ - ومع ذلك قضت محكمة النقض بأن الحيازة لا تعتبر سداً للملك في المنقول إلا إذا كانت فعلية بنية التملك، بريئة من شائبة النقص واللبس. وهي لا تكون فعلية إلا إذا ترتب عليها وجود الشيء المحوز في مكانة الحائز وتحت تصرفه، ولا تكون بنية التملك إلا إذا كان الحائز أصلاً يحوز لنفسه لا لغيره، ولا تكون بريئة من اللبس والنقص إلا حيث تخلص ليد واحدة لا تخالطها سواها مخالطة تثير الشك في انفرداها بالتسلط على الشيء والصرف فيه. ومفتاح الخزانة يشبه تذكرة النقل، من حيث إن كلا منهما يجعل حامله حائزاً حيازة رمزية لمنقول ليس في يده فعلاً. وتشابه الحالتين يجعل قياس إحدى الحالتين على الأخرى قياساً سليماً لا يقدح فيه اختلافهما في وجود أخرى، إذ ليس شرطاً لصحة القياس أن يتفق المقيس والمقيس عليه من جميع الوجوه (نقض ملف ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ الهامة ٢٨ رقم ٢٨ ص ٤٤). وانظر في معنى هذا الحكم: محمد علي عرفة ٢ فقرة ١١٦ ص ٢١١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤٥ ص ٦٨٣.

كذلك يمتد بالحيازة الحكية فضل الملكية، كما إذا اشترى مستأجر المنقول هذا المنقول من المؤجر غير المالك، وبقي المستأجر واضعاً يده على المنقول ولكن على اعتبار أنه مشتر لا مستأجر (عبد الفتاح عبد الباقي رسالته في دور الحيازة في المنقول ص ٢٠٢ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤٤٣ ص ٥٨٩ هامش ١).

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٨٤٩ ص ٦٧٧.

مثلا أن الحائز إنما يحوز المنقول على سبيل الوديعة أو العارية أو الإيجار أو الوكالة ، فقد أثبت أن الحيازة حيازة عرضية ليس من شأنها أن تكسب الحائز العرضي الملكية أو الحق العيني (١) .

ويجب أخيرا أن تكون الحيازة خالية من العيوب ، أى أن تكون حيازة غير متقطعة وغير مصحوبة بإكراه وغير خفية وغير غامضة . ولما كان شرط تملك المنقول بالحيازة أن يكون الحائز حسن النية ، فإن حسن النية يتنافى مع أن تكون الحيازة مصحوبة بإكراه أو أن تكون خفية . وكذلك لا يتصور أن تكون الحيازة متقطعة ، فإن مجرد الحيازة الحقيقية هنا ولو لحظة واحدة يكفى لكسب الملكية أو الحق العيني ، فليس هناك متسع من الوقت لتقطع الحيازة . بقى عيب الغموض ، والغالب أن إثبات نية التملك بنى أن تكون الحيازة غامضة . وعلى ذلك إذا أثبت الحائز أن حيازته حيازة حقيقية مقترنة بنية التملك ، فيغلب أن يتضمن ذلك إثبات أن الحيازة خالية من العيوب (٢) .

٤٤٤ - الشرط الثالث - السبب الصحيح : لا يعتبر السبب الصحيح

في القانون الفرنسى شرطا لملك المنقول بالحيازة ، أو فى القليل لا يعتبر شرطا مستقلا عن شرط حسن النية بل هو يندمج فى هذا الشرط الأخير . ذلك بأن الحائز حسن النية إنما يعتمد عادة فى حسن نيته على اعتقاده أنه تلقى ملكية المنقول من المالك بتصرف قانونى من شأنه أن ينقل إليه الملكية ، وهذا التصرف القانونى هو السبب الصحيح ، فهو إذن عنصر من عناصر حسن النية وليس بشرط مستقل (٣) ، وينبنى على ذلك أن التصرف القانونى الباطل والتصرف القانونى الظنى ، وكل منهما ليس له وجود قانونى ، يصلحان لأن يستند إليهما الحائز فى حسن نيته متى اعتقد أن الملكية قد انتقلت إليه بأى منهما (٤) . أما إذا

(١) نقض مدف ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ الهامة ٢٨ رقم ٢٨ ص ٤٤ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨١ ص ٣٨٠ - مازو فقرة ١٥٣١ - وقارن

مارق ورينو فقرة ٣٩٣ ص ٣٨٤ .

(٣) ومع ذلك أنظر فى وجوب اشتراط السبب الصحيح فى القانون الفرنسى عبد

الفتاح عبد الباقي رسالته فى دور الحيازة فى المنقول ص ٢٥٤ ص ٢٨٩ .

(٤) بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٢ - مازو

فقرة ١٥٣٦ (فيما يتعلق بالسند الباطل بطلاناً مطلقاً تخالفته لقانون أولاداب) .

كان التصرف القانوني قابلاً للإبطال وعلم الحائز بذلك . فإن هذا العلم لا يبنى حسن نيته (١) . وقد استبعد السبب الصحيح شرطاً مستقلاً في القانون الفرنسي على النحو الذي قدمناه إذ لم يرد له أى ذكر في المادة ١ / ٢٢٧٩ مدني فرنسي . فهذا النص يقتصر على القول بأن الحيازة في المنقول سند الملكية En fait (de meubles, la possession vaut titre) . فلم يذكر النص لا السبب الصحيح ، ولا حسن النية . ولكن شرط حسن النية قد ورد في نص آخر هو المادة ١١٤١ مدني فرنسي ، ويعتبر هذا النص تطبيقاً للقاعدة . ومن ثم استعير منه شرط حسن النية وكل به نص المادة ١ / ٢٢٧٩ . أما شرط السبب الصحيح فلم يرد ذكره ، لافي المادة ١ / ٢٢٧٩ كما قدمنا . ولافي أى نص آخر . وهذا بخلاف التقدم المكسب القصير في العقار : فقد نصت المادة ٢٢٦ مدني فرنسي صراحة على أن يشترط فيه وجود السبب الصحيح .

ويختلف التقنين المدني المصري عن التقنين المدني الفرنسي اختلافاً واضحاً في هذا الشأن . فقد اشترطت المادة ٩٧٦ مدني مصري صراحة وجود السبب الصحيح لتملك المنقول بالحيازة ، فقد رأيناها (٢) نقول : ١ - من حاز بسبب صحيح ... ٢ / فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح ... ٣ - والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح ... ٤ . وعلى ذلك يكون السبب الصحيح ، في القانون المصري ، شرطاً قائماً بذاته ومستقلاً عن شرط حسن النية لتملك المنقول بالحيازة .

وقد بحثنا السبب الصحيح كشرط مستقل من شروط التقدم المكسب

(١) ولكن يستطيع المالك الحقيقي أن يستعمل دعوى من تصرف في المنقول للحائز ، إذا كان هذا الأخير مدعياً له بسبب اختراعه الحيازة منه - فيطلب إبطال التصرف . فبذلك الحائز المنقول للتصرف ، فيسترد من المتصرف المالك الحقيقي . عل أن المالك الحقيقي قد لا ينجح في هذه الدعوى غير المباشرة . ويتحقق ذلك إذا زال سبب الإبطال بالإجازة مثلاً أو بالتقدم ، وإذا دفع الحائز الدعوى بدفع من الدفع التي كان التصرف يستطيع أن يدفع بها . وحتى إذا نجح المالك الحقيقي في الدعوى غير المباشرة ، فإن سائر دائي المتصرف يزاحمونه طبقاً للقواعد المقررة في الدعوى غير المباشرة (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٨٢ ص ٢٨٢) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥

(٣) أنظر أيضاً في التقنين المدني السابق المواد ٦٨/٤٦ و ٧٣٣/٦٠٧ و ٧٣٤/٦٠٨ آنفاً

القصر في المقار ، وما قلناه هناك (١) ينطبق هنا . فالسبب الصحيح هو تصرف قانوني (acte juridique) ناقل للملكية (٢) ، ولكنه مع ذلك لم ينقلها للحائز لأنه صادر من غير مالك ، وكان ينقلها لو أنه صدر من المالك (٣) . ولا يقتصر السبب الصحيح على التصرف الناقل للملكية ، فكل تصرف ناقل أو منشئ لحق عيني منقول آخر قابل لأن يكسب بالحيازة ، كحق الانتفاع في المنقول وحق رهن الحيازة في المنقول ، إذا صدر من غير صاحب هذا الحق ، يعتبر هو أيضاً سبباً صحيحاً . وإذا كان التصرف القانوني الصادر من المتصرف إلى الحائز يجب أن يكون سبباً صحيحاً ، على النحو السالف الذكر ، فإن سند المتصرف نفسه الذي استند إليه في تصرفه للحائز لا يعتد به . فقد يكون هذا المتصرف ليس عنده سبب صحيح ولكنه حسن النية يعتقد أنه يملك المنقول الذي يتصرف فيه ، وقد يكون حائزاً عرضياً كمتأجر أو مستعير أو مودع عنده أو وكيل وقد باع المنقول للحائز فيكون سيء النية . فيستوى إذن أن يكون المتصرف حسن النية أو سيء النية ، ويستوى أن يكون حائزاً أصيلاً أو حائزاً عرضياً أو غير حائز أصلاً ، والمهم فيه أن يكون غير مالك للمنقول أو غير صاحب الحق العيني المنقول الذي تصرف فيه للحائز . وقد رأينا فيها تقدم (٤) ما يعتبر سبباً صحيحاً وما لا يعتبر . فيعتبر سبباً صحيحاً بوجه خاص البيع والمقايضة والهبة والوصية بمنقول معين بالذات ورسوم مزاد المنقول المحجوز عليه (٥) والوفاء بمقابل وتقديم الشريك منقولاً حصه له في الشركة ، ولا يعتبر

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٠ وما بعدها .

(٢) أما الميراث فليس بصرف قانوني بل هو واقعة مادية ، ومن ثم لا يصلح سبباً صحيحاً (استئناف مخطط ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠١) .

(٣) استئناف مخطط ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٨ - ٢١ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٦٤ - ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٢ - أول مارس سنة ١٩٢٩ م ٦١ ص ٧٧ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٢١ - فقرة ٤٢٢ .

(٥) وقد قضى بأن من رسا عليه مزاد الحصول المحجوز عليه ، وتسلمه به فصله من الأرض ، له أن يتسلط بقاعدة تملك المنقول بالحيازة ضد المشتري الذي باع له للدين هذا الحصول (استئناف مخطط ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٠) . وانظر أيضاً استئناف مخطط ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٣٠ - بين سوف الكلية ١٧ أغسطس سنة ١٩١٠ المجبوة للرعية ١١ رقم ٩٩ ص ٢٦٥ - قنا الجزئية ١٦ يناير سنة ١٩٠٥ المجبوة للرعية ٦ رقم ٥٩ ص ١٢٢ .

سبباً صحيحاً بوجه خاص الميراث والعقود التي ليس من شأنها أن تنقل الملكية (كالإيجار والعارية والوديعة والوكالة) والتصرفات الكاشفة عن الملكية (كالقسمة الاختيارية والصلح) والحكم القضائي . وقدمنا (١) أن التصرف القانوني الباطل من ناحية الشكل أو من ناحية الموضوع ليس له وجود قانوني ، فلا يعتبر سبباً صحيحاً . وكذلك لا يعتبر سبباً صحيحاً التصرف القانوني الظني ، لأنه هو أيضاً ليس له وجود قانوني (٢) . أما التصرف القانوني القابل للإبطال فإنه يصلح أن يكون سبباً صحيحاً ، لأنه كان ينقل الملكية لو أنه صدر من المالك (٣) . وكذلك يصلح أن يكون سبباً صحيحاً التصرف القانوني المعلق على شرط فاسخ ، كما يصلح أن يكون سبباً صحيحاً التصرف القانوني المعلق على شرط واقف ولكن من وقت تحقق الشرط (٤) .

ولكن السبب الصحيح في تملك المنقول بالحيازة يختلف عن السبب الصحيح في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير في أمرين : (١) لا يسجل السبب الصحيح في تملك المنقول بالحيازة لأن التسجيل لا يكون إلا في العقار ، أما السبب الصحيح في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير فيجب تسجيله كما أسلفنا القول (٥) . (٢) في إثبات السبب الصحيح في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير ، قدمنا (٦) أن السبب الصحيح لا يفترض وجوده ، لذلك كان من الواجب إثباته ، ويقع عبء الإثبات على الحائر الذي يتمسك بالتقادم ، وبشبهه طبقاً للقواعد العامة في الإثبات . أما في تملك المنقول بالحيازة ، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٧٦ مدني كما رأينا (٧) على ما يأتي :

« والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ، ما لم يتم

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٧ - شقوق شحاتة فقرة ٢١٨ ص ٢٢٤ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٥ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٦ - وإذا كان التصرف القانوني مطلقاً على شرط واقف ولم يتحقق الشرط ، انعدم التصرف القانوني واحبر كأن لم يكن ، ومن ثم لا يمكن احباره سبباً صحيحاً ، وكذلك يكون الحكم فيما إذا كان التصرف القانوني مطلقاً على شرط فاسخ وتحقق الشرط (أنظر آنفاً فقرة ٤٢٦) .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٨ .

(٦) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٩ .

(٧) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥ .

الدليل على عكس ذلك . ونرى من هذا النص أن حائر المنقول لا يكلف إثبات وجود السبب الصحيح ، فجرد حيازته للمنقول يفترض وجود هذا السبب . وإذا نازع المالك الحقيقي للمنقول في وجود السبب الصحيح ، فعليه هو أن يثبت أنه غير موجود ، أو أنه تصرف قانوني باطل أو تصرف قانوني ظني ليس لأى منهما وجود قانوني . ولا يكفي أن يثبت أن التصرف القانوني قابل للإبطال أو معلق على شرط ، فقد قدمنا أن التصرف القانوني في هاتين الحالتين يصلح أن يكون سببا صحيحا .

٤٤٥ - الشرط الرابع - حسن النية : ويشترط أخيرا في الحائر ، حتى يتملك المنقول بالحيازة ، أن يكون حسن النية ، وفي هذا تقول المادة ١/٩٧٦ مدني كما رأينا (١) : « من حاز بسبب صحيح منقولا ... فانه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته » . ومعنى حسن النية هنا هو نفس معناه في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير (٢) : أن يكون الحائر قد اعتقد أنه يتلقى ملكية المنقول من المالك (٣) . فحسن النية إذن غلط يقع فيه الحائر يدفعه إلى الاعتقاد بأن المتصرف هو مالك المنقول ، على أن يكون هذا الغلط مقفرا حتى يستقيم مع حسن النية ، فإذا كان غير مقفرا فانه ينفي حسن النية (٤) . ويستوي أن يكون الغلط في الواقع أو في القانون (٥) . وفي جميع الأحوال يجب أن يكون حسن النية كاملا ، فأى شك يقع في نفس الحائر في أن المتصرف قد لا يكون هو مالك المنقول ينفي حسن النية .

وعلم الحائر بالميوب التي تشوب سند من تلقى منه الملكية ، وأن هذا السند باطل أو قابل للإبطال أو قابل للفسخ أو معرض للإلغاء بأى وجه من الوجوه ،

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٢٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٢٠ .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٢ ص ٦٩٥ - بلانويل ورييرو ويكار فقرة ٢٨١ ص ٢٨١ -

(٤) استئناف مخطط ١٨ يونيو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٥٦ - ٧ يناير سنة ١٩٣٦

٤٨ ص ٦٩ - شفيق شحاتة فقرة ٢١٧ ص ٢٢٤ .

(٥) بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٢ .

ينبى حسن النية الواجب توافره عند الحائز (١) . أما العيوب التي تشوب السبب الصحيح نفسه أى التصرف القانونى الصادر للحائز ، فمنها عيب لا بد للحائز من أن يجهله ، وهو أن يكون التصرف صادرا من غير المالك . إذ لا بد أن يعتقد الحائز أن التصرف صادر من المالك ، حتى يكون حسن النية كما أسلفنا . بقيت العيوب الأخرى التي تشوب السبب الصحيح ، ومن هذه ما يجعل التصرف القانونى غير صالح لأن يكون سببا صحيحا كالتصرف الباطل والتصرف الظنى ، وسواء علم بها الحائز أو لم يعلم فإن السبب الصحيح غير موجود ، فلا محل إذن للبحث فيما إذا كان العلم بها ينبى حسن النية أو لا ينفيه إذ فى الحالتين لا يستطيع الحائز أن يملك المنقول بالحيازة لانعدام السبب الصحيح . فإذا كان العيب الذى يشوب السبب الصحيح لا يمنع من صلاحيته لأن يكون سببا صحيحا ، وذلك كأن يكون التصرف قابلا للإبطال لنقص فى الأهلية أو لعب في الرضاء أو قابلا للفسخ أو معلقا على شرط واقف أو معلقا على شرط فاسخ ، فعلم الحائز بمثل هذه العيوب لا ينبى حسن نيته . ذلك لأن حسن النية هو ، كما قلنا ، ليس الجهل بجميع عيوب السبب الصحيح ، بل الجهل بعيب واحد منها فقط هو أن التصرف صادر من غير المالك . أما وقد جهل الحائز هذا العيب ، فهو حسن النية ، سواء كان لا يعلم بالعيوب الأخرى أو كان يعلم بها (٢) .

أما الوقت الذى يجب أن يتوافر فيه حسن النية ، فقد نصت المادة ١/٩٧٦ مدنى كما رأينا (٣) فى هذا الصدد على أن « من حاز بسبب صحيح منقولاً... فانه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته » . فالعبرة إذن ، فى توافر حسن النية فى تملك المنقول بالحيازة ، بوقت حيازة المنقول ، لا بوقت

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٣١ .

(٢) انظر فى كل ذلك آنفاً فقرة ٤٣٢ - وانظر بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٣ ص ١٩٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨١ ص ٣٨١ - وانظر حكماً لهيئة النقض أنصت فيه المحكمة بجالا لقاعدة تملك المنقول بالحيازة فى حين أن السند صادر من ناظر الوقت مجزواً فيه الحدود التي فيها له الناقض الشرعى : نقض مدنى ٤ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب للنقض لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٦ رقم ٢ . ولا نرى فى هذه الحالة علة لإثارة قاعدة تملك المنقول بالحيازة ، لأن هذه القاعدة تفترض أن السند قد صدر من غير مالك ، وإنما يجب تطبيق القواعد العامة .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٣٥ .

تلقى الحق كما هو الأمر في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير ^(١) . وعلى ذلك إذا كان الحائز حسن النية وقت تلقى الحق ، ولكنه أصبح سيء النية عند بدء الحيازة ، فإنه لا يعتبر حسن النية ولا يملك المنقول بالحيازة ^(٢) . ولما كان يصعب أن نتصور الفرض العكسي ، وهو أن يكون الحائز سيء النية وقت تلقى الحق ثم يصبح حسن النية وقت الحيازة ^(٣) ، فإن الذي يقع عملاً هو أن يكون الحائز حسن النية من وقت تلقى الحق إلى وقت بدء الحيازة ^(٤) . ذلك لأن الحائز إنما يملك المنقول بمجرد الحيازة ، ولا يشترط أن تدوم الحيازة وقتاً ما ، ومن ثم تشدد القانون في تحديد الوقت الذي يجب أن يتوافر فيه حسن النية فجعله وقت بدء الحيازة ، حتى يشمل وقت تلقى الحق ووقت بدء الحيازة معاً . أما في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير ، فإن الحائز يجب أن يستمر في حيازته خمس سنوات حتى يملك العقار ، فاقصر القانون في الوقت الذي

(١) أنظر آنفأ فقرة ٤٣٣ .

(٢) وقد قضى بأنه يشترط أن يكون المشتري حسن النية في الوقت الذي يجوز فيه المنقول بالفعل ، لا وقت الشراء ، لأن سند ملكية المشتري ليس هو الشراء بل هي الحيازة ، فيجب توافر حسن النية عند بدء الحيازة (استئناف مغلط ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٩) - وإذا كان الحائز حسن النية وقت بدء الحيازة ، تملك المنقول ، ولازم أن يصبح سيء النية بعد ذلك . فإذا علم بعد لحظة واحدة من حيازته للمنقول أن المتصرف غير مالك له ، فإن هذا العلم لا يؤثر في ملكيته للمنقول بعد أن تملكه بالحيازة (بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٤ ص ١٩٧) . وانظر عكس ذلك وأن الحائز يعتبر سيء النية ويكون مسئولاً جنائياً في حكي من محكمة النقض الفرنسية الدائرة الجنائية (١٨ يولية سنة ١٩٣٦ سيريه ١٩٣٧ - ١ - ١٩٣ - ٧ يولية سنة ١٩٤٤ *Scen. Jur.* الأسبوع القضائي ١٩٤٧ II ٣٤١٠) ، وانظر نقداً للذين الحكمين الشاذين في مازو فقرة ١٥٣٥ ، وانظر أيضاً مارك ورينو فقرة ٢٩٤ ص ٣٨٥ .

(٣) قارن شفيق شحاتة فقرة ٢١٨ ص ٢٢٥ .

(٤) وفي فرنسا حيث لا يوجد نص صريح في تحديد الوقت الذي يجب توافر حسن النية فيه قلم خلاف في الرأي ما بين وقت تلقى الحق ووقت بدء الحيازة . أنظر في هذا الخلاف بودرى وتهيه فقرة ٨٧٤ . وانظر في أن الوقت الذي يتدبه هو وقت بدء الحيازة : بلانول وديير ويكار ٣ فقرة ٣٨١ ص ٣٨٠ - ٣٨١ - نقض فرنسي ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٧ - ١ - ١٧٢ - وانظر في أن يكون الحائز حسن النية في وقت تلقى الحق وفي وقت بدء الحيازة بودرى وتهيه فقرة ٨٧٤ ص ٦٩٧ - مارك ورينو فقرة ٢٩٤ ص ٣٨٥ - نقض فرنسي ٧ يناير سنة ١٩٥٣ *Bull. civ.* III ٨ .

يجب أن يتوافر فيه حسن النية على وقت تلقى الحق . وينبغي على ما قدمناه أن الموصى له بمنقول ، إذا كانت الوصية صادرة من غير المالك ، يجب حتى يمتلك المنقول بالحيازة أن يكون حسن النية وقت تسلمه المنقول الموصى به ، ولا يكتفى حسن نيته وقت موت الموصى ، بل ولا وقت قبول الوصية . وإذا حدث أن المنقول كان في حيازة الحائز قبل صدور السبب الصحيح ، كأن تسلمه بعقد إيجار ثم اشتراه من المؤجر وكان هذا لا يملك المنقول ، أو تسلمه بتصرف قانونى معلق على شرط واقف ثم تحقق الشرط ، وجب أن يتوافر حسن النية وقت الحيازة ، ولكن لا في وقت بدليتها ، بل في الوقت الذى اشترى فيه الحائز المنقول أو في الوقت الذى تحقق فيه الشرط الواقف .

وحسن النية يفترض دائماً ، ما لم يتم الدليل على العكس (م ٩٦٥ مدنى) . وقد طبقت المادة ٣/٩٧٦ مدنى هذا المبدأ تطبيقاً خاصاً في تملك المنقول بالحيازة ، فنصت كما رأينا (١) على ما يأتى : « والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ، ما لم يتم الدليل على عكس ذلك » . وعلى ذلك لا يكلف حائز المنقول أن يثبت إلا الحيازة وحدها (٢) ، فإذا ما أثبتنا افتراض القانون أن هذه الحيازة مقترنة بحسن النية ومصحوبة بالسبب الصحيح (٣) . ويستوى أن يكون الغلط الذى وقع فيه الحائز من أن المتصرف فى المنقول هو المالك له غلطاً فى الواقع أو غلطاً فى القانون ، نفي الحالتين يفترض فى الحائز أنه حسن النية حتى يقيم المالك الحقيقى للمنقول الدليل على العكس (٤) . فإذا ادعى هذا المالك أن الحائز سوء النية وأنه كان يعلم وقت بدء الحيازة أن المتصرف غير مالك ، فعلى المالك يقع عبء إثبات ذلك . وله أن يثبت سوء نية الحائز بجميع

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥ .

(٢) استئناف وطنى ٢ مايو سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٨٧ ص ٢٧٠ - استئناف مخطط ٩ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٤٤ - ٢٠ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٠٤ - ٢٢ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢١٨ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٤٤٧ ص ٦٨٨ .

(٣) نقض مدنى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب القوى لأحكام النقص فى ٢٥ جلداً جزء أول ص ٥٨٦ رقم ٤ ورقم ٥ - استئناف مخطط ٢٠ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٠ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٤ .

طرق الإثبات لأن سوء النية واقعة مادية فيجوز اثباتها بالبينة والقرائن (١) .
وكثيرا ما يلجأ المالك ، في إثبات سوء نية الحائر ، إلى إثبات أن الحائر لم يتخذ
الاحتياطات البديهية التي تملها الظروف الملازمة للتثبت من ملكية المتصرف
للمتقول . ويتخذ من ذلك قرينة على أن الحائر كان يعلم ، أو كان ينبغي أن
يعلم ، أن المتصرف غير مالك للمتقول ، وأن الغلط الذي وقع فيه في هذا
الشأن كان غلطا غير معتبر ، مما ينتج معه حسن النية (٢) .

ب - الآثار التي ترتب على تطبيق القاعدة

٤٤٦ - **الآثر المكسب والآثر المسقط** : إذا توافرت الشروط الأربعة
التي بسطناها فيما تقدم ، فإن الحائر للمتقول أو للحق العيني المتقول يصبح مالكا
للمتقول أو صاحبا للحق العيني ، وهذا هو الآثر المكسب للقاعدة . وإذا كان
المتقول مثقلا بتكاليف أو قيود عينية ، كرهن حيازة أو حق انتفاع ، ووضع
الحائر يده على المتقول باعتباره خاليا من هذه التكاليف والقيود ، فإنه يتملك
المتقول خالصا منها ، إذ هي تسقط أيضا بالحيازة ، وهذا هو الآثر المسقط
للقاعدة .

٤٤٧ - **الآثر المكسب** : وقد رأينا فيما تقدم أن الحائر للمتقول بسبب
صحيح وبحسن نية ، يكسب ملكيته بمجرد الحيازة ومن ثم كانت الحيازة
وحدها سببا من أسباب كسب ملكية المتقول ، ولم يكسب الحائر الملكية بالسبب
الصحيح لأنه صادر من غير مالك ، وإنما كسبها بالحيازة المصحوبة بالسبب
الصحيح والمقترنة بحسن النية .

وهذا هو الحكم أيضا فيما إذا وضع الحائر يده على حق عيني في متقول ،
كحق انتفاع أرض رهن حيازة . فالحائر يكسب حق الانتفاع أو حق رهن
الحيازة ، لا بالسبب الصحيح لأنه صادر من لا يملك ترتيب هذا الحق ، بل
بالحيازة المصحوبة بالسبب الصحيح والمقترنة بحسن النية .

(١) استئناف مخطط ١٤ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٩٣ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠٨

م ٢١ ص ١٠٦ - ١٢ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٩٣ - ٢٠ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢

ص ٥١٠ .

(٢) يوردى وتيسيهقرة ٨٧٣ ص ٦٩٦ - بلانيول وريبير وييكار ٣ ققرة ٣٦١ -

كلابرونيه ص ٢٥٥ .

فاذا رفع المالك الحقيقي للمنتقل دعوى استحقاق يطالب بموجبها الحائز ببرد المنتقل إليه ، كان للحائز أن يدفع دعوى الاستحقاق هذه بأنه تملك المنتقل بالحيازة ، أو تملك بها حق الانتفاع أو حق رهن الحيازة . فلا يستطيع المالك أن يسترد المنتقل أصلا من الحائز ، أو لا يستطيع أن يسترده إلا متفلا بحق الانتفاع أو بحق رهن الحيازة لمصلحة الحائز (١) . وهذا بخلاف ما إذا كانت شروط القاعدة لم تتوافر ، فان المالك الحقيقي في هذه الحالة يستطيع أن يسترد المنتقل من تحت يد الحائز غير مثقل بأى حق عيني ، وذلك بموجب دعوى الاستحقاق . ولا يستطيع الحائز أن يرد هذه الدعوى إلا إذا تملك المنتقل أو الحق العيني بالتقادم المكسب الطويل ، أى بعد حيازة تدوم خمس عشرة سنة وفقا للقاعدة المقررة في هذا التقادم (٢) .

ويستطيع الحائز الذى تملك المنتقل بالحيازة وفقا للقواعد التى بسطناها فيها تقدم ، ليس فحسب دفع دعوى الاستحقاق التى يرفعها عليه المالك الحقيقى . بل أيضا دفع دعوى الإبطال أو الفسخ التى يرفعها عليه شخص باع مثلا المنتقل لشخص آخر بعقد قابل للإبطال أو للفسخ ، واشترى الحائز هذا المنتقل من المشتري ، ثم أبطل البائع الأول البيع أو فسخه ، وطالب الحائز ببرد المنتقل المبيع مستندا إلى الأثر الرجعى للإبطال أو الفسخ . ذلك لأن البائع الأول . لما أبطل البيع أو فسخه ، جعل المشتري منه غير مالك للمنتقل ، ويكون البيع الصادر من هذا الأخير للحائز صادرا من غير مالك . فتوافر في الحائز ، إذا كان حسن النية لا يعلم بسبب الإبطال أو الفسخ ، شروط تملك المنتقل بالحيازة . ومن ثم يستطيع أن يرد دعوى البائع الأول ، فان هذه الدعوى ليست في الواقع من الأمر ، بعد الإبطال أو الفسخ ، إلا دعوى استحقاق يجوز للحائز ردها إذا أنه تملك المنتقل بالحيازة (٣) .

وعلى العكس من ذلك ، لا يحول تملك الحائز للمنتقل بالحيازة دون الدعاوى الشخصية الناشئة من عيوب السبب الصحيح . فاذا كان السبب الصحيح أى التصرف القانونى الذى تلقى به الحائز الحيازة من غير المالك ، قابلا للإبطال

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٩ . بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٨٤ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٨٤ .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٩ .

أو للفسخ ، فإن غير المالك الذى تصرف فى المنقول للحائز يستطيع أن يرفع هذه الدعاوى الشخصية على الحائز . وإذا كان المالك الحقيقى دائنا لمن تصرف فى المنقول بسبب أن هذا الأخير قد انتزع منه الحيازة أو تصرف فى منقول لا يملكه ، فإن المالك الحقيقى يستطيع أن يرفع دعوى الإبطال أو دعوى الفسخ باسم مدينه ، فيسترد المنقول لهذا المدين ، ثم يسترده منه بدوره بدعوى استحقاق يرفعها عليه (١) .

٤٤٨ - الأساس القانونى الذى يقوم عليه الأثر المكسب - نظرية

التقادم الفوسى : بقى أن نعرف على أى أساس قانونى يقوم تملك الحائز للمنقول .

هناك نظرية قديمة تذهب إلى أن الحائز يملك المنقول بالتقادم ، ولما كان الحائز ليس فى حاجة حتى يملك المنقول إلى أن تدوم الحيازة وقتا ما ، فإن التقادم هنا يكون تقادما فوريا (prescription instantanée) لا يحتاج إلى مرور الزمن . والقائلون بهذه النظرية من الفقهاء الفرنسيين (٢) تأثروا كثيرا بالمكان الذى وردت فيه المادة ٢٢٧٩ فى التكوين المدنى الفرنسى . فقد ورد هذا النص ضمن النصوص التى عرضت للتقادم وفى الفصل ذاته الذى أورد مدد التقادم ؛ متدرجا من التقادم الطويل ومدته ثلاثون سنة ، إلى التقادم المكسب القصير ومدته من عشر إلى عشرين سنة ، إلى أنواع أخرى من التقادم تتفاوت مددها من خمس سنوات إلى ستة أشهر ، حتى وصل إلى المادة ٢٢٧٩ وفيها التقادم لا تدوم مدته إلا لحظة واحدة . ويقول هؤلاء الفقهاء إن هذا يتفق مع التطور التاريخى الذى مرت به قاعدة تملك المنقول بالحيازة . فقد كان المنقول فى القانون الرومانى تكسب ملكيته بالتقادم كالعقار ، وانتقلت هذه القاعدة من القانون الرومانى إلى القانون الفرنسى القديم فى بعض عهوده . واقتضى استقرار التعامل فى المنقول إنقاص مدة التقادم فيه شيئا فشيئا ، ثم انتهى الأمر إلى إلغاء المدة بتاتا . ولم تتغير طبيعة نظام تملك المنقول بإلغاء المدة ، فلا يزال المنقول يملكه الحائز بالتقادم وإن أصبحت مدته لحظة واحدة . ولا يزال الحائز

(١) بودوى وتيسيه ققرة ٨٨٠ .

(٢) ديولوب ٩ ققرة ٦٢٢ - ماركاديه المادة ٢٢٧٩ ققرة ١ - Léger فى النظرية

العامة فى التقادم المسقط رسالة سنة ١٨٩٧ ص ٣٢٥ وما بعدها .

كما هو الأمر في كل تقادم مكسب ، يكسب ملكية ، الشيء ويجرد المالك الحقيقي منها لاعتبارات تتعلق باستقرار التعامل .

وهذه النظرية بادية الضعف ، ولم يعد يقول بها أحد من الفقهاء المحدثين . ذلك أن التقادم معناه مرور الزمن ، والتقادم بغير مرور الزمن لا يكون تقادماً ، وعبرة « التقادم الفوري » عبارة بنقض بعضها بعضاً إذ أن التقادم بنى الفورية والقول بأن الحيازة هنا تدوم لحظة واحدة فيتحقق التقادم قول لا يقوم على أساس ، إذ أن التقادم يقتضى مرور الزمن ، ومرار الزمن لا يتحقق إلا إذا دامت الحيازة وقتاً ولو كان قصيراً . فإن تدوم الحيازة لحظة واحدة ويقال إن هذا هو مرور الزمن ، فتي إذن تقوم حيازة دون أن يصحبها مرور الزمن ! وأما المكان الذى اختاره التقنين المدنى الفرنسى لتملك المنقول بالحيازة بين النصوص المتعلقة بالتقادم ، فلا يفيد حتماً أن تملك المنقول بالحيازة يقوم على أساس التقادم . فقد يورد المشرع نصاً يقوم على أساس معين ، ثم يورد إلى جانبه نصاً يقوم على أساس مناقض للأساس الأول ، ويكون الجامع بين النصين جامع الضدية لا جامع التماثل . ومنذ كان المنقول ، فى القانون الرومانى وفى بعض عهود القانون الفرنسى القديم ، يملك بحيازة تدوم وقتاً معيناً ، كان تملكه يقوم على أساس التقادم حقاً ، واستمر يقوم على أساس التقادم حتى بعد إنقاص المدة شيئاً فشيئاً ما دامت هناك مدة ما . فلما ألغيت المدة بتاتا ، لم يعد يجوز القول إن تملك المنقول يقوم على أساس التقادم ، وإنما هو يقوم على أساس الحيازة وحدها مجردة من أية مدة للتقادم . وهذا ما قاله Bourjon نفسه ، وهو الفقيه الذى نقل عنه التقنين المدنى الفرنسى نص المادة ١/٢٢٧٩ ، إذ يقرر فى هذا الصدد : « إن التقادم ليس له أى اعتبار فى شأن المنقول ، إذ أن الحيازة وحدها بالنسبة إلى هذا النوع من المال تنتج كل آثار سند التملك المتكامل » (١) .

٤٤٩ — نظرية الفريضة القانونية غير الغالبة للبيات العكسي :

وأبرز القائلين بهذه النظرية أو مرى ورو وبارتان^(٢) ، فهم يقولون إن الحيازة بذاتها

(١) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٨٦ .

(٢) وانظر أيضاً بلانيول الطبعة الثانية فقرة ١١٤٦ - جيوار ٢ فقرة ٨١٨ - فقرة

تنشئ على الفور لمصلحة حائز المنقول قريبة على ملكيته للمنقول . وهي قريبة مطلقة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس ، ويستطيع الحائز بواسطتها أن يرد دعوى الاستحقاق التي ترفع عليه من المالك السابق للمنقول ^(١) . فالحيازة إذن ، في هذه النظرية ، لا تكسب بذاتها الملكية للحائز ، ولكنها تفترض أن الحائز يملك المنقول ملكية موجودة من قبل ، وليست الحيازة إلا قريبة على وجودها . وهذه القرينة لا يقبل من مدعى الاستحقاق دحضها بإثبات العكس وأنه هو لا الحائز الذي يملك المنقول ^(٢) ، فيقف مدعى الاستحقاق أمام هذه القرينة القاطعة عاجزا لا يستطيع إثبات عكسها ، ومن ثم يخسر دعوى الاستحقاق ، ويحكم عليه برفضها ، ويقضى للحائز بالملكية .

وضعف هذه النظرية ، في رأينا ، أننا لو أخذنا بأن الحيازة في المنقول قريبة قاطعة على ملكية الحائز ، فإن من المسلم به في القرائن القاطعة أن من وجدت هذه القرينة القاطعة في مصلحته له أن ينزل عنها بالإقرار أو بالنكران عن اليمين ، فكل القرائن القاطعة قابلة للنقض بالإقرار أو اليمين . ولم يقل أحد إن لحائز المنقول أن ينزل عما رتبته الحيازة في مصلحته من كسب ملك المنقول ، بأن يقر أن مدعى الاستحقاق كان هو المالك الحقيقي وأنه إنما تلقى المنقول من غير المالك وهو يعتقد أنه المالك ، أو بأن ينكل عن اليمين التي توجه إليه في هذا الشأن . فلكية الحائز للمنقول ملكية بانه مستقرة ، لا تقبل النقص لا بالإقرار ولا باليمين . وهناك فرق بين القرينة القاطعة والقاعدة الموضوعية ، فالقرينة القاطعة هي قاعدة إثبات لا قاعدة موضوعية ، وإذا كانت لا تقبل إثبات العكس فإنه يجوز دائما نقضها بالإقرار أو اليمين . أما القاعدة الموضوعية فلا يجوز نقضها حتى بالإقرار أو اليمين ، وهي إذا كانت تبني كالقرينة القانونية على الكثرة الغالبة من الأحوال ، إلا أن عامل الراجح الغالب الوقوع

(١) ألزهرى ورو ٢ فقرة ١٨٢ ص ١٤٤ - ص ١٤٧ وتعليق بارتان في ص ١٤٦

هامش ٣ .

(٢) ومع ذلك فهناك أحكام قديمة لحكمة الاستئناف المختلطة تقضى بأن القرينة قابلة لإثبات العكس بجميع طرق الإثبات ، حتى بالقرائن المضادة (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٦١ - ٩ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٠ - ١٢ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٣) .

فيها يمتحنى وراءها فتستغرقه ، ويكون منها بمثابة العلة من المعلوم . فتنقررت القاعدة الموضوعية توارت العلة خلفها ولم يعد لها بعد ذلك مجال للظهور ، ومن ثم لا تجوز معارضة القاعدة الموضوعية بطلها فقد اختفت هذه العلة واستغرقها القاعدة ، وهذا هو المعنى المقصود من أن القاعدة الموضوعية لا يجوز نقضها حتى بالإقرار أو اليمين ^(١) . وقاعدة تملك المنقول بالحيازة قاعدة موضوعية لا قرينة قانونية قاطعة ، إذ هي كما قدمنا لا يمكن نقضها بالإقرار أو اليمين ^(٢) .

صحيح أن الحيازة في المنقول قد تقوم قرينة قانونية على ملكية الحائز ، ولكن ليس ذلك في الحيازة باعتبارها سببا لكسب الملكية حين يتلقى الحائز المنقول من غير المالك ويرفع عليه المالك السابق دعوى الاستحقاق وهو الأمر الذي تبحثه هنا ^(٣) ، بل في الحيازة باعتبارها طريقا للإثبات حين يتلقى الحائز المنقول من المالك ويقع التزاع بينهما فيمن هو المالك . وعند ذلك تكون الحيازة قرينة قانونية ، ولكنها مع ذلك لا تكون قرينة قانونية قاطعة ، بل تقبل إثبات

(١) أنظر الوسيط ٢قرة ٢٢٨ - ٢٢٧ فقرة ٢٢٧ .

(٢) وقد سبق أن قررنا في هذا الصدد ، في الجزء الثاني من الوسيط عند الكلام في الإثبات ، ما يأتي : « فالحيازة في المنقول قاعدة موضوعية إجبارية ، لا قرينة قانونية قاطعة . فقد رأى المشرع أن يحسم حائز المنقول حسن النية بصلاح أقوى من صلاح القرينة القانونية ولو كانت قاطعة . ومن ثم أصبح من يجوز المنقول وهو حسن النية ، بفضل هذه القاعدة الموضوعية مالكاً له . وأصبحت ملكيته ثابتة مستقرة ، لا يزعمها حتى الإقرار أو اليمين . أراد المشرع أن يستقر التعامل في المنقول ، وتلك اختيارات مليا يستقل بتغييرها ، ويملك زمامها ، فيضع من القواعد ما يراه مناسباً لحماية الأوضاع القانونية المختلفة ، تارة يمكن بقرينة قانونية غير قاطعة ، وطودا يحمل القرينة القانونية قاطعة ، وأخرى يرتفع من نطاق القرائن وقواعد الإثبات ، ويرى أن الحماية المناسبة هي قاعدة موضوعية لا تقبل النقض بحال من الأحوال . هذا هو التدرج في الحماية ، درجة فوق درجة ، يوتئها المشرع من مثله كما يشاء ، وهو في كل ذلك يوحى أن يكون لكل وضع قانوني الحماية التي تناسبه (الوسيط ٢ فقرة ٢٢٧ ص ٦٢٢ - ص ٦٢٣) .

(٣) وكيف يتأتى أن تكون الحيازة قرينة على الملكية في هذه الحالة ، مع أن الثابت أن الحائز قد تلقى المنقول من غير المالك ، وكيف تقوم الحيازة قرينة على أمر قد ثبت صكه إذ لا يمكن أن يكون الحائز قد تلقى الملكية من غير المالك (أنظر في هذا المعنى بلانويول وديير وبيكار ٣ فقرة ٢٨٨ ص ٢٨٨) .

العكس ، والمالك أن يثبت مثلاً أن حيابة الحائز حيابة عرضية أو أن هذه الحيابة لم تتوافر فيها الشروط المطلوبة (١) .

٤٥٠ - نظرية أنه الحيابة ومدها هي التي تكسب مأز المتقول ملكيته

بحكم القانون : والنظرية الثالثة ، وهي النظرية الصحيحة في نظرنا ، تذهب إلى أن الحيابة في المتقول ليست تقادماً كما تقول النظرية الأولى إذ لا يشترط في الحيابة أن تدوم وقتاً ما ، وليست مجرد قرينة ولو قاطعة على سبق وجود الملكية عند الحائز كما تقول النظرية الثانية إذ لو كانت مجرد قرينة لا يمكن نقضها بالإقرار أو اليمين . وإنما الحيابة في المتقول هي وحدها ، وبذاتها ، التي تكسب الحائز ملكية المتقول ، فالحيابة تكون على هذا الاعتبار سبباً من أسباب كسب الملكية . والقانون هو الذي جعلها كذلك ، فالحائز إذا تملك المتقول بالحيابة ، فأنما يكون ذلك بحكم القانون . ومن أجل ذلك يجعل القائلون بهذه النظرية تملك المتقول بالحيابة حالة من حالات التملك تحكم القانون (un cas d'acquisition lege) (٢) . وهي تشبه حالة التملك بالاستيلاء (occupation) ، في أن القانون في كل من الحالتين يجعل الحائز يملك فوراً بالحيابة . ولكنها تخالفها في أن تملك المتقول بالحيابة يفترض أن المتقول كان مملوكاً للمالك سابقاً ، ولذلك تشدد القانون فاشترط أن تكون الحيابة حقيرة بحسن النية (ومصحوبة بالسبب الصحيح في القانون المصري) حتى تنتقل الملكية من المالك السابق إلى الحائز ، في حين أن التملك بالاستيلاء يفترض أن المتقول لم يكن قبل الاستيلاء مملوكاً لأحد فيملكه الحائز ابتداءً ، ولذلك لم يشترط القانون أن تكون الحيابة مقترنة بحسن النية ولا مصحوبة بالسبب الصحيح (٣) .

(١) أنظر في ذلك أيضاً فقرة ٤٢٧ - وانظر في تنفيذ نظرية أن الحيابة قرينة قاطعة على الملكية يودى وتيسيه فقرة ٨٢٢ ص ٦٦٤ .

(٢) ولا تفرقاً بين القول بأن الحيابة هي ذاتها سبب لكسب ملكية المتقول ، والقول بأن الحائز أصبح مالكا للمتقول بحكم القانون ، إذ القانون هو الذي جعل الحيابة سبباً لكسب ملكية المتقول ، كما جعل العقد والسر غير المشروع والإثراء بلا سبب مصادر للالتزام . وفي رأينا أن الذين يقولون بأن الحائز أصبح مالكا للمتقول بحكم القانون ، إنما يقتضون القول بأن القانون جعل الحيابة سبباً لكسب ملكية المتقول (قارن مع ذلك مازو فقرة ١٥٤٠) .

(٣) بلانول وديور ويكار ٣ فقرة ٢٨٧ .

وهذه النظرية هي التي أخذ بها التقنين المدني المصري ، كما هو ظاهر من الترتيب الذي اتبعه . فقد عرض لأسباب كسب الملكية في فصل واحد ، فبدأ بالاسنيلاء ، وأعقبه بالمراث والوصية والالتصاق والعقد والشفعة ، وختم أسباب كسب الملكية بالحيازة . فجعلها سببا لكسب الملكية ، تارة مصحوبة بالتقادم كما في التقادم المكسب الطويل والتقادم المكسب القصير ، وطورا بذاتها غير مصحوبة بأى تقادم كما في تملك المقول بالحيازة الذي نحن بصددده وتملك الثمار بالقبض - وعلى هذه النظرية أجمع الفقه في مصر (١) .

وهذه النظرية نفسها هي التي أخذ بها في فرنسا كثير من الفقهاء القدامى (٢) ثم أخذ بها الفقهاء المحدثون (٣) ، فاستقرت أخيرا في الفقه الفرنسي . ولا يلقى الفقهاء الذين يأخذون بها بالا إلى المكان الذي وضع فيه التقنين المدني الفرنسي المادة ٢٢٧٩ بين النصوص المتعلقة بالتقادم ، إذ ليس مستغربا أن يضع المشرع بين نصوص التقادم قاعدة يستبعد فيها التقادم فالمناسبة واضحة . ويزداد وضوح المناسبة إذا أخذ في الاعتبار أن المقول المسروق أو الضائع يمكن استرداده من الحائز حسن النية في مدة ثلاث سنوات ، فكان لا بد من ذكر القاعدة أولا ثم إيراد هذا الاستثناء عليها . هذا إلى أن هذه النظرية هي التي أخذ بها فقهاء القانون الفرنسي القديم ، ومنهم (Bourjon) ، وعندهم نقل التقنين المدني الفرنسي نص المادة ٢٢٧٩ ، فيكون قد نقل هذا النص بالأساس القانوني الذي أقامه عليه هؤلاء الفقهاء . فالقانون إذن هو الذي أكسب حائز المقول الملكية بمجرد الحيازة ، بالرغم من أن هذا الحائز قد تعامل مع غير المالك (٤) ،

(١) أنظر شفيق شحاتة فقرة ٢٢١ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٠٨ - عبد المنعم البدراوي فقرة ٥٤٢ ص ٥٨٧ - إسماعيل غانم ص ١٣٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤٠ ص ٦٧٧ - سميح نور مصطفى منصور فقرة ١٨٤ ص ٤٣٧ - حسن كبيرة ص ١٠٣ - وقارن محمد كامل مرسي ٤ فقرة ٣٩٥ .
(٢) أنظر كوليميدى ص ٨٨ فقرة ٣٨٧ مكررة - لوران ٣٢ فقرة ٥٤ - ميرانتون ٢١ فقرة ٩٧ - ترولون فقرة ١٠٥٢ وما بعدها - بجنوار ص ٣٥٣ وما بعدها .

(٣) بودرى ونيسيه فقرة ٨٣١ وقرة ٨٣٣ - بلانيول وريبير وروكار فقرة ٣٣٨ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٢١١ .

(٤) وهل ذلك يصحح الحائز مالكا دون حاجة إلى التمسك بالقاعدة ، بل حتى لو رفض التمسك بها ، تخفى له الحكمة بالملكية من تلقاء نفسها . وهذا بخلاف التملك بالتقادم ، حيث يجب التمسك بالتقادم ولا تقضى به الحكمة من تلقاء نفسها وتكون ملكية الحائز للمنتول ملكية غير قابلة للتقضى ، حتى لو أصبح سوء النية بعد الحيازة ، كما سبق القول . ولما أراد أن يرد المنتول إلى مالكه السابق ، فانما يكون ذلك من طريق الهبة ، أى يعقد جديده يعيد نقل الملكية من الحائز إلى المالك السابق (أنظر مازو فقرة ١٥٢٨) .

وذلك رعاية لحسن النية وحماية لاستقرار التعامل في المنقول (١).

٤٥١ - أثر المسقط : وكما أن لقاعدة تملك المنقول بالحيازة أثر اكتساب

يتمثل في كسب الحائز للملكية المنقول أو للحق العيني على المنقول على الوجه الذى بسطناه ، كذلك لهذه القاعدة أثر مسقط يتمثل في إسقاط التكاليف والقيود العينية التى يكون المنقول مثقلاً بها فيتملك الحائز المنقول خالصاً من هذه التكاليف والقيود كما سبق القول (٢).

وعلى ذلك إذا وضع الحائز حسن النية يده على منقول بعد أن اشتراه من غير المالك ، وكان هذا المنقول مرهوناً رهن حيازة من المالك الحقيقي للمنقول وخرج من حيازة الدائن المرتهن لسبب ما ، واستولى عليه شخص غير المالك وباعه للحائز حسن النية على ما قدمنا ، فإن هذا الحائز لا يكسب بالحيازة ملكية المنقول فحسب ، بل أيضاً يكسب هذه الملكية خالصة من رهن الحيازة الذى كانت مثقلة به . فيضيق في هذا الفرض على المالك الحقيقي ملكيته التى كسبها الحائز بالحيازة وهذا هو الأثر المكسب ، وفى الوقت ذاته يفتيح على الدائن المرتهن رهنه بالحيازة رهنه الذى يسقط بالحيازة أيضاً وهذا هو الأثر المسقط (٣).

(١) أنظر بودى وتيسيه فقرة ٣٨١ - بلانيلو دييرر وبيكار ٣ فقرات ٣٨٨ ص ٣٨٨ -

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٤٦ وانظر الفقرة الثانية من المادة ٩٧٦ مدنى آنفاً فقرة ٤٣٥ -

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « والحيازة لا تكسب المنقول فحسب ، بل هى أيضاً تزيل التكاليف والقيود العينية التى تنقل المنقول . فلو وضع الحائز يده على منقول وهو مرهون حيازة ، ملكه في الحال خالصاً من الرهن » (مجموعة الأعمال التمهيدية ٩ ص ٥١٤).

(٣) وهنا قد ترتب الأثران المكسب والمسقط معاً . وقد يترتب الأثر المسقط وحده ، فيما إذا تلقى الحائز حسن النية المنقول المرهون من المالك على أنه خال من الرهن ، فيسقط الرهن بفضل الأثر المسقط . ويكون السبب الصحيح هنا تصرفاً صادراً من المالك لم يذكر فيه ما يقتل العين من رهن (إسماعيل غانم ص ١٣٨ - ص ١٣٩ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٤٥٣ ص ٦٩٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٦ ص ٤٤٦ - حسن كبيرة ص ١١٩ - ص ١٣١) - وإذا رهن المالك المنقول ثم انتصبه أو اختلعه من الدائن المرتهن ، وباعه لمن حازه بحسن نية على أنه خال من الرهن ، فإن عمل المالك يخلو على ضرب من السرقة هو « سرقة الضمان » (vol de gage) . فيستطيع الدائن المرتهن أن يسترد المنقول باعتباره دائماً مرتباً له رهن حيازة في ظرف ثلاث سنوات من وقت خروج المنقول من حيازته (محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٤٧ - إسماعيل غانم ص ١٣٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٧ ص ٤٥٠ - وانظر عكس ذلك محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢٠ ص ٢١٩).

كذلك إذا كان المنقول قد رتب عليه المالك حق انتفاع ، ثم استولى على المنقول شخص غير المالك وغير صاحب حق الانتفاع وباعه إلى حائز حسن النية ، فإن هذا الحائز يملك المنقول بالحيازة ، ويملكه خالصا من حق الانتفاع . فيضيق على المالك ملكيته التي كسبها الحائز بالحيازة بفضل الأثر المكسب ، كما يضيّق على صاحب حق الانتفاع حقه الذي سقط بالحيازة أيضا بفضل الأثر المسقط .

وإذا كان المنقول عقارا بالتخصيص تابعا لعقار مرهون رهنا رسميا ، ونزعه غير المالك عن العقار وباعه لحائز حسن النية ، فإن هذا العقار بالتخصيص يصبح بعد نزعه من العقار منقولا ، ويكسب الحائز بالحيازة ملكيته خالصة من الرهن الرسمي الذي كان مترتبا عليه هو والعقار عند ما كان عقارا بالتخصيص .

وغنى عن البيان أن المفروض ، في كل الأحوال المتقدمة ، أن الحائز عندما حاز المنقول كاس حسن النية بالنسبة إلى ملكية المنقول وبالنسبة إلى الحق العيني الذي كان يشتمل المنقول . فيكون الحائز قد اشترى المنقول من شخص يعتقد أنه المالك وقت الحيازة ، وهذا هو معنى حسن النية بالنسبة إلى ملكية المنقول . ويكون الحائز في الوقت ذاته لا يعلم وقت الحيازة أن المنقول مشتمل بحق رهن حيازة أو بحق انتفاع أو بحق رهن رسمي على أساس أنه كان عقار بالتخصيص ، وهذا هو معنى حسن النية بالنسبة إلى الحق العيني الذي يشتمل المنقول .

وكذلك الحكم فيما إذا كان لشخص حق امتياز على منقول ، كحق امتياز المؤجر أو حق امتياز صاحب الفندق ، ونقل المال من العين المؤجرة أو من الفندق على الرغم من معارضة المؤجر أو صاحب الفندق أو على غير علم منه . فإن المنقول المتقل بحق الامتياز إذا انتقل إلى حائز حسن النية ، كسب هذا الحائز ملكية المنقول خالصة من حق الامتياز (انظر المادة ١١٤٣/١ مدني والمادة ٢/١١٤٤ مدني (١) .

(١) أنظر أيضاً ، فيما يتعلق بزوال حق الامتياز بفضل الأثر المسقط ٢ للمادة ١١٢٢/٢ مدني والمادة ١/١١٤٥ مدني - وانظر بودوي وتيسهقرة ٨٧٩ .

أما إذا كان هناك منقول منع من التصرف فيه عقد أو وصية (م ٨٢٣ مدني) ، وباعه غير المالك لحائز حسن النية ، يجهل أن البائع غير مالك ويجهل أن المنقول مثقل بتكليف هو المنع من التصرف ، فإن البيع الصادر من غير المالك إلى الحائز يكون باطلا وفقا لأحكام المادة ٨٢٤ مدني . ولما كان البيع الباطل لا يصلح أن يكون سببا صحيحا في تملك المنقول بالحيازة ، فإن الحائز بالرغم من حسن نيته يتقصه السبب الصحيح . ومن ثم لا يملك هذا المنقول بالحيازة ، لا خالصا من تكليف منع التصرف ولا مثقلا بهذا التكليف (١) .

٤٥٢ - الأسس القانونية التي يقوم عليها الأثر المسقط : ويقوم الأثر المسقط على نفس الأسس القانونية الذي يقوم عليه الأثر المكسب . فتسقط التكاليف والقيود العينية بالحيازة وحدها ، متى كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز في اعتباره الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية ، وذلك بحكم القانون . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٧٦ مدني ، كما رأينا (٢) على ذلك صراحة إذ تقول : « فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز في اعتباره الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية ، فإنه يكسب الملكية خالصة منها » .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ذلك لأن لحيازة المنقول أثرين لا أثرا واحدا : أثرا مكسبا وأثرا مسقطا . فبمجرد

(١) والقاتلون بأن البيع الوارد على خلاف الشرط المانع ليس باطل يخلصون من ذلك بأن البيع يصلح أن يكون سببا صحيحا ، ويسلنون الأثر المسقط لقاعدة الحيازة ، فتنتقل ملكية المنقول إلى الحائز خالصة من تكليف منع التصرف (عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٤٧ وفقرة ٧٧ ص ٩٩ - إسماعيل غانم ص ١٣٩ - ص ١٤٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٣ ص ٦٩٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٦ ص ٤٤٧ - ص ٤٤٨ - حسن كبيرة ص ١٢١) .

وانظر في إعمال الأثر المسقط قضية باع المالك فيها منقولا وشرط الاحتفاظ بملكه حتى يموت إليه ثمنه كاملا وأن له أن يسترده من تحت يد كائن من كان ، وذهب المشتري المنقول لزوجه فصلته بالحيازة وهي حسنة النية بالرغم من وجود هذا الشرط (نقض مدني ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاما جزء أول ص ٨٦ رقم ٣) .

(٢) أنظر أنفاً فقرة ٤٢٥ .

توفرها ، تكسب الحائز الملكية ، وتسقط التكاليف . ومتى تبين هذان الأمران التميزان ، أصبحنا في غنى عن النظرية الفقهية التي تجعل الحيازة مكسبة للملكية جديدة متميزة عن الملكية القديمة . فإن هذا القول يصطدم مع ما هو معروف من أن الملكية حق دائم ، وأصبح من الواضح أن الملكية هي لم تتغير ، وأنها انتقلت بحكم الحيازة ، وانتقلت خالصة من التكاليف بحكم الحيازة أيضا ^(١) . وتشير المذكرة الإيضاحية بهذا القول إلى نظرية فقهية تذهب إلى أن الحيازة سبب منشاء للملكية جديدة منبثة الصلة بالملكية القديمة التي كانت للمالك السابق ^(٢) . وقد سبق أن عارضنا هذه النظرية ، وقلنا في معارضتها ما يأتي :

« كذلك التملك بالحيازة . . . يواجه مالكا سابقا ، فينقل ملكيته هي ذاتها إلى الحائز ، ولا ينشئ ملكية جديدة . ذلك بأن الملكية تتميز بأنها دائمة ، وتتأيد في انتقالها . فما دام الشيء مملوكا وكان باقيا لم يهلك ، فإن الملكية باقية . وإذا ملك الشيء مالك جديد ، فانما يكون ذلك بانتقال الملكية من المالك القديم إلى المالك الجديد ، لا بانقضاء الملكية وقيام ملكية جديدة مكانها . . فما دام الشيء باقيا فإن الملكية تبقى دائما ، والذي يتبدل هو المالك لا الملكية . . . ويستخلص مما تقدم أن الالتصاق والحيازة ، كالعقد والشفعة ، سيان ناقلان للملكية فيما بين الأحياء . كذلك الميراث والوصية سيان ناقلان للملكية ، ولكن بسبب الوفاة . وهذه الأسباب الناقلة للملكية جميعا ، سواء كان نقل الملكية فيما بين الأحياء أو كان بسبب الوفاة ، بعضها ينقل الملكية مع استخلاف المالك الجديد للمالك القديم ، وبعضها ينقل الملكية دون استخلاف . فالأسباب التي تنقل الملكية مع الاستخلاف هي العقد والشفعة والميراث والوصية . أما الالتصاق والحيازة ، فانهما ينقلان الملكية دون استخلاف . فالذي يميز الالتصاق والحيازة عن غيرهما من الأسباب الناقلة للملكية ، ليس أنهما لا ينقلان

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٤ - وانظر في هذا المعنى جبال الدين زكي في رسالته في بحسن النية في كسب الحقوق ص ٢٥٧ - ص ٢٥٨ - محمد كامل مرسى : فقرة ٤٣٧ - شفيق شحاتة فقرة ٢٢١ ص ٢٢٩ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٤٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٣ - ٦٩٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٦ .

(٢) ومن أنصار هذه النظرية بلايول وريير وبولانجيخ فقرة ٢٨٢٢ وفقرة ٢٨٢٤ - مازو فقرة ١٥٣٩ .

الملكية ، بل هما يتقلانها ، ولكن دون استخلاف . وهذا هو الذى يفسر أن المالك الجديد ، فى الالتصاق والحيازة ، لا يخلف المالك السابق فى ملكيته .. فلا يتقيد بالأعباء والتكاليف التى كانت تقيد المالك السابق « (١) . ونرى من ذلك أن الحيازة لا تنشئ ملكية جديدة كما ذهب القائلون بالنظرية التى نعارضها . بل هى تنقل نفس الملكية من المالك السابق إلى المالك الجديد . ولكن المالك الجديد فى الحيازة لا يخلف المالك السابق ، ومن ثم تخلس له الملكية خالية من الأعباء والتكاليف السابقة لأنه ليس يخلف للمالك السابق . وهذا هو الذى يفسر ماورد فى المذكرة الإيضاحية مما ذكرناه سابقا من أنه « متى تبين هذان الأثران المتميزان الأثر المكسب والأثر المسقط ، أصبحنا فى غنى عن النظرية الفقهية التى تجعل الحيازة مكسبة للملكية جديدة متميزة عن الملكية القديمة . فان هذا القول يصطدم مع ما هو معروف من أن الملكية حق دائم ، وأصبح من الواضح أن الملكية هى التى لم تتغير ، وأنها انتقلت بحكم الحيازة ، وانتقلت خالصة من التكاليف بحكم الحيازة أيضا » (٢) .

§ ٢ - المفردات المرونة أو الضائعة :

٤٥٣ - نص قانونى : تنص المادة ٩٧٧ مدنى على ما يأتى :

« ١ - يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله ، إذا فقدته أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية ، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة » .

(١) أنظر آنفه فقرة ٢ فى الهامش .

(٢) نلاحظ لا يخلو من الغرابة أن يستند أحد الفقهاء هذه العبارات فيقول : « من الصعب علينا أن نفهم بالوضوح الفكرة القانونية الكامنة وراء هذه العبارات المتناقضة » . إذ كيف يكون من الواضح أن الملكية التى انتقلت بحكم الحيازة هى التى لم تتغير ، ونرى مع ذلك انتقلت خالصة من التكاليف العينية . ثم كيف يسوع القول إن الملكية انتقلت بالحيازة ، مع أن افترض هو أن من تصرف فى المنقول لم يكن تاركاً له حتى يستطيع أن يتقل ملكيته . أرى من القواعد المنطقية المسلمة أن فاقده الشيء لا يعطيه ؟ فكيف يستطيع فاقده الملكية أن يتقلها إلى غيره ؟ « (محمد على عرفة ٢ فقرة ١١٩ ص ٢١٥ - ص ٢١٦) . وقد سبق أن أوضحنا أن الذى يتقل الملكية ليس هو التصرف القانونى لأنه صادر من غير مالك ، بل هى الحيازة ذاتها ، وذلك بحكم القانون .. ثم إن الحيازة تنقل نفس الملكية من المالك إلى الحائز ولكن دون استخلاف ، وهذا هو الذى يفسر أنها تتقل غير مقيدة بالأعباء والتكاليف التى كانت تقيد المالك السابق ، لأن الحائز ليس يخلف لهذا المالك .

٢ - فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع في حيازته قد اشتراه بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله ، فإن له أن يطلب ممن يسترده هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذي دفعه (١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادتين ٨٦-٨٧/١١٥-١١٦ (٢) .
ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري ٩٢٨م وفي التقنين المدني الليبي ٩٨١م- وفي التقنين المدني العراقي ١١٦٤م (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادتين ١٤٢٨ و ١٤٢٩ من المشروع التمهيدى . وتطابق المادة ١٤٢٨ الفقرة الأولى من المادة ٩٧٧ مدني كما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد . أما المادة ١٤٢٩ من المشروع التمهيدى فكانت تجري على الوجه الآتي : « ومع ذلك إذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع في حيازته قد اشتراه بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله ، جاز له أن يطلب الثمن الذي دفعه ممن يسترده هذا الشيء ، وذلك في ميعاد الثلاث سنوات المنصوص عليها في المادة السابقة » . وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة ، هي المادة ١٠٥٢ في المشروع النهائي ، بعد أن عدلت الفقرة الثانية من هذه المادة على وجه يجعلها مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٤٩ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٧ (مجموعة الأعمال التمهيدية ٦ ص ٥١٢ - ص ٥١٥) .

(٢) التقنين المدني السابق ١١٥/٨٦م : يسقط حق المالك في الشيء المسروق أو الضائع بمضي ثلاث سنين . ١١٦/٨٧م : كل من اشترى مسروقاً أو ضائعاً في السوق العام أو ممن يتجر في مثل ذلك الشيء وهو يعتقد ملكية بانه له ، يكون له الحق في طلب الثمن الذي دفعه من مالك الشيء الطالب استرداده . (وأحكام التقنين المدني السابق تنفذ في مجموعها مع أحكام التقنين المدني الجديد) .
(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري ٩٢٨م (مطابق) .

التقنين المدني الليبي ٩٨١م (مطابق) .

التقنين المدني العراقي ١١٦٤م : استثناء من أحكام المادة السابقة ، يجوز للمالك المنقول ، إذا كان قد أضاعه أو خرج من يده بسرقة أو غصب أو خيانة أمانة ، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وبسبب صحيح ، في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الأمانة . (ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري من وجهين : (١) جعل التقنين العراقي خيانة الأمانة في حكم الضياع أو السرقة أو الغصب ، أما التقنين المصري فيجري القاعدة العامة في حالة خيانة الأمانة « بل إن هذه القاعدة لا تجري عادة إلا في هذه الحالة » . (٢) لم ينص التقنين العراقي على حق الحائز حسن النية ، الذي اشترى المنقول في سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله ، في استرداد الثمن من المالك مع حبس المنقول حتى يستوفى منه هذا الثمن ، وقد نص التقنين المصري على ذلك) .

وبمخلص من هذا النص أن مالك المتقول ، إذا لم يخرج المتقول من حيازته بإرادته حيث تطبق القاعدة العامة في تملك المتقول بالحيازة وقد سبق تفصيلها ، بل خرج المتقول من حيازته بغير إرادته بأن سرق منه أو ضاع ، يعامل معاملة أفضل لأن المتقول انتزع من حيازته بالرغم منه . فيجوز له ، أولا ، أن يسترد المتقول المسروق أو الضائع ممن سرقه أو ممن عثر عليه ولم يردده . ويجوز له ، ثانيا ، أن يسترد هذا المتقول أيضا ممن انتقل المتقول إلى حيازته إذا كان هذا الحائز سعى النية . ويجوز له ، أخيرا ، أن يسترد المتقول من حائز حسن النية ولكن في خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع . ويرجع الحائز حسن النية في هذه الحالة ، إذا رد المتقول إلى مالكه ، بالضمان على من يجب عليه الضمان . وإذا كان الحائز حسن النية قد اشترى المتقول في سوق عموى أو في ظروف مشابهة ، فانه يستطيع أن يمتنع عن رد المتقول إلى مالكه حتى يعجل له المالك الثمن الذى دفعه . ويرجع المالك في هذه الحالة الأخيرة على المستول بالثمن الذى عجله للحائز .

فهذه جملة من المسائل نعرض لها تباعا على الوجه الآتى : (١) من له حق استرداد المتقول المسروق أو الضائع . (٢) استرداد المتقول المسروق أو الضائع ممن سرقه أو ممن عثر عليه . (٣) استرداد المتقول المسروق أو الضائع ممن تلقاه وهو سعى النية . (٤) استرداد المتقول المسروق أو الضائع ممن تلقاه وهو حسن النية ، والمدة التى يسترد فيها ، ورجوع الحائز حسن النية بالضمان . (٥) متى يجوز للحائز حسن النية أن يحبس المتقول المسروق أو الضائع حتى يستوفى من المالك الثمن الذى دفعه . (٦) رجوع المالك بالثمن الذى عجله للحائز حسن النية .

٤٥٤ - من له حق استرداد المتقول المسروق أو الضائع : رأينا (١)

أن صدر الفقرة الأولى من المادة ٩٧٧ تنص على أنه «يجوز للمالك المتقول أو السند لحامله ، إذا فقد أو سرق منه ، أن يسترده ...» . فالمفروض إذن أن هناك منقولا أو سندا لحامله سرق من مالكه أو ضاع منه ، فيكون له الحق

في استرداده . وإذا اطلقنا فيما يلي كلمة « المنقول » ، فإنها تشمل أيضا السند الحامله (١) .

والمقصود بالسرقة هنا أن تكون سرقة بالمعنى المحدد لها في القانون الجنائي ، فلا تدخل خيانة الأمانة ولا النصب (٢) . فمن أودع منقولا له شخصا اتهمته عليه . وباع المودع عنده هذا المنقول لحائز حسن النية فأرتكب بذلك جريمة خيانة الأمانة ، ملك الحائز المنقول وفقا للقاعدة العامة في تملك المنقول بالحيازة . ولا يجوز للمالك استرداده منه ، كما كان يسترده لو أن المنقول قد سرق منه أو ضاع ، لأن خيانة الأمانة غير السرقة . بل إن خيانة الأمانة هي المجال المألوف لتطبيق القاعدة العامة في تملك المنقول بالحيازة (٣) . وكما لا تدخل خيانة الأمانة ضمن السرقة . كذلك لا يدخل النصب كما قدمنا ، فلو نصب شخص على آخر ، وحصل منه على منقول بطريق الاحتيال ، ثم باع هذا المنقول لحائز حسن النية ، ملك الحائز المنقول ، ولا يجوز للمالك استرداده منه كما كان يسترده لو أن المنقول سرق أو ضاع (٤) . وفيما يتعلق بالسرقة ،

(١) فإذا كان المنقول أوراقا نقدية *billets de banque* أو نفوداً مدنية *espèces* ، وجب أن تتبين ذاتيتها على وجه لا يقبل الشك (نقص فرنسي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعي ١٩٣٠ - ٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩١ ص ٣٩٠ هامش د) .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٠ - وانظر هامش ٩ في مناقشة الخلاف في شأن النصب وتقليب الرأي القائل بأن النصب لا يأخذ حكم السرقة بل حكم خيانة الأمانة . وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٢٥ ص ٢٢٨ - ٢٢٩ - إسماعيل غانم ص ١٣٧ - عهد النعم فرج الصلة فقرة ٤٥٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٧ ص ٤٤٩ - حسن كيرة ص ١٢٢ .

(٣) استئناف مخطط ٨ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣١٢ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٨٢ - ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٠٥ - ٧ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٢٣ - ٢٦ يوفيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦١ - ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩ - ١٠ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ١١١ - ٩ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٣١ - ٧ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٦٩ - وانظر بودري وتيسيه فقرة ٨٩٧ فقرة ٨٩٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٠ ص ٣٨٩ .

(٤) استئناف مخطط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٣ - ٨ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣١٢ - ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٠٥ - ٧ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٢٣ - ٢٦ يوفيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦١ - ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩ - ٧ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٦٩ - وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٤٩ - ص ١٥٠ هامش ٩٠٨ - بودري وتيسيه فقرة ٨٩٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٠ ص ٣٩٠ .

يعتبر المنقول مسروقاً حتى لو كان السارق غير معروف ، وحتى لو كانت السرقة من السرقات التي يعفى القانون من ارتكها من العقوبة^(١) . فلو سرق أحد الزوجين من الزوج الآخر منقولاً ، أو سرق المنقول الأصل من أحد فروعه أو الفرع من أحد أصوله ، فإن السارق يعفى من العقاب ، ولكن المنقول يبقى معتبراً أنه مسروق في حكم المادة ٩٧٧ مدني . وينبني على ذلك أنه لو باع السارق في هذه الأحوال المنقول لحائز حسن النية ، جاز للمالك المنقول أن يسترده من الحائز ، ولا يصح الاعتراض على ذلك بأن السرقة لا عقاب عليها^(٢) .

ويعتبر المنقول ضائعاً ، ليس فحسب عندما يفقده صاحبه باهمال مباشر أو غير مباشر ، بل أيضاً ومن باب أولى عندما يخرج من حيازة صاحبه بقه قاهرة : كأن يكسحه فيضان أو يضيع في زحام أو عقب تفتيش أو عند جلاء اضطراري عن المكان الذي فيه المنقول^(٣) . وإذا أرسل المنقول إلى عنوان غير صحيح ففقد ، عد ضائعاً ، سواء كان ذلك خطأ المرسل أو خطأ أمين النقل^(٤) .

(١) أوبري ددو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٠ - ١٥١ - بودري وتيسيه فقرة ٩٠٠ بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٠ ص ٣٩٠ - ولكن إذا صدر حكم ببراءة المتهم من السرقة ، فإن المنقول لا يعتبر مسروقاً (باريس ١٩ يناير سنة ١٩٣٣ جازيت دي باليه ١٩٣٣ - ١ - ٦٨٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٠ ص ٣٩٠ هامش ٢ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٤٦ - محمد علي هرقه ٢ فقرة ١٢٠ ص ٢١٨ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٤٩ ص ٩٩٧ - إسماعيل غانم ص ١٣٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٦ ص ١٩٦ - منصور مصطفي منصور فقرة ١٨٧ ص ٤٤٨ - ص ٤٤٩ - حسن كبيرة ص ١٢٢ .

(٢) ويلحق بحكم السرقة انتزاع المنقول بالقوة بواسطة قوات مسلحة غير شرعية تابعة للحكومة لم يتم الاغتراب بها دبلوماسياً كحكومة شرعية (السين ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٣ دالوز الأسبوعي ١٩٢٤ ص ١٥٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٠ ص ٣٩٠) .

(٣) أرى أثناء الحرب (نقض فرنسي ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٩ *Dalloz* ١٩٤٩ - ٣٩٢ - مازو فقرة ١٥٥٢) - ولكن لا يعتبر شيئاً ضائعاً حيوان جامع ، ومن يكبح جماح حيوان لم تسر عليه أحكام الأشبه الضائفة ، وإما يرجع بدعوى الفضالة على صاحب الحيوان . كذلك لا يعتبر جرواً ضائعاً البواجن والحيوانات الأليفة إذا ألقت الرجوع إلى المكان المخصص لها ، فن يستول عليها في فترة انطلاقها أو يستدرج حمام الأبراج بطرق تدليسية ليستول عليها يدق حكم السارق (أنظر آنفاً فقرة ١٢ في آخرها في الهامش) .

(٤) أوبري ددو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٤٩ - بودري وتيسيه فقرة ٨٩٦ - وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٠ ص ٣٩٠ - محمد علي هرقه ٢ فقرة ١٢٥ ص ١٢٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٦ ص ١٩٦

والذى يكون له الحق فى استرداد المنقول المسروق أو الضائع على الوجه المتقدم الذكر هو مالك هذا المنقول . وكذلك يسترده من كان له حق فيه ، كالحائز للمنقول حيازة مقرونة بنية التملك ، وصاحب حق الانتفاع فى المنقول ، والمرتهن للمنقول رهن حيازة . بل يستطيع أن يسترده الشخص الذى أودع عنده فالتزم بالمحافظة عليه (١) ، ويكون استرداد المنقول هنا مماثلاً لدعوى استرداد حيازة العقار عندما تعطى هذه الدعوى للحائز العرضى (٢) .

٤٥٥- استرداد المنقول المسروق أو الضائع من سرقة أو من حره عليه : والأصل أن المسترد يسترد المنقول المسروق أو الضائع من أى شخص يكون هذا المنقول فى يده ، ولو كان هذا الشخص حائزاً عرضياً ، وعلى الحائز العرضى أن يدخل فى الخصومة من يحوز المنقول لحسابه (٣) . ولا يمنع استرداد المنقول من تحت يد الحائز ، أن يتخلل هذا غشا عن الحيازة لشخص آخر ، ليتوق بذلك استرداد المنقول من تحت يده (٤) .

فاذا كان المنقول لا يزال باقياً فى يد من سرقة أو من عثر عليه ، جاز استرداده من أى منهما فى أى وقت ، ولو بعد انقضاء ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع ، بل ولو بعد انقضاء خمس عشرة سنة لأن دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم . ولا يمنع الاسترداد ، إلا إذا تملك المنقول السارق أو من عثر عليه بالتقادم المكسب الطويل (٥) . فاذا بقى أى من

(١) ولا يطلب من المسترد أن يثبت ملكية المنقول المسروق أو الضائع ، بل يكتفى أن يثبت أنه كان حائزاً له وقت السرقة أو الضياع ، ويثبت فوق ذلك واقعة السرقة أو الضياع . ويجوز له أن يثبت كل ذلك بصريح طرق الإثبات ، وباعتدال الإثبات بالنية أو للقرائن ، لأنه إنما يثبت وقائع مادية (بودرى وتيسيه فقرة ٨٨٧) . والحكم الجنائى للمصادر بالإدانة فى سرقة المنقول له قوة مطلقة ، ويكون دليلاً كافياً على واقعة السرقة (مازور فقرة ١٥٥٢) .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٨٨٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩١ - نفقى فرنسى ٢٩١ - نفقى فرنسى ٢٨ مارس سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٨ - ١ - ٢٥٣ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩١ ص ٢٩١ - نفقى فرنسى ٥ مايو سنة ١٨٧٤ سيرة ٢٥ - ١ - ٤٩ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩١ ص ٢٩١ - نفقى فرنسى ٧ فبراير ١٩١٠ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٢٠١ .

(٥) لوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٢ - بودرى وتيسيه فقرة ٨٨٥ ص ٢٠٤ - ٧٠٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩١ ص ٢٩١ .

هذين حائراً للمقول بنية تملكه مدة خمس عشرة سنة ، وكانت الحيازة خالية من العيوب ، وبخاصة من عيب الخفاء وهو عيب كثيراً ما يشوب حيازة السارق لأن هذا يعتمد عادة على إخفاء الشيء ، فان المقول يتم تملكه بالتقادم المكسب الطويل ولا يجوز استرداده بعد ذلك .

وفما يتعلق بالشيء الضائع يجب أن تراعى أحكام الأمر العالى الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ الخاص بالأشياء أو الحيوانات الضائعة ، وقد عرضنا له عند الكلام فى اللقطة أو الأشياء الضائعة (١) . ويقضى هذا الأمر بأن من يعثر على شيء أو حيوان ضائع يجب أن يبلغ عنه أمام أقرب نقطة للشرطة فى المدن وأمام العمدة فى القرى ، ويسلمه (٢) . فإذا احتفظ به ولم يبلغ عنه ولم يسلمه ، فى خلال ثلاثة أيام فى المدن وثمانية أيام فى القرى ، حرم من حقه فى العشر وقضى عليه بغرامة لا تزيد على مائة قرش ، وهذا هو جزاء عدم التبليغ فقط . لكن إذا ثبت أن من عثر على الشيء الضائع قد احتفظ به بنية تملكه ، سواء كانت هذه النية معاصرة لوقت عثوره على الشيء أو وجدت بعد ذلك ، فانه يكون فى حكم السارق . ويستطيع المالك بدعوى الاستحقاق أن يسترد الشيء منه كما يسترده من السارق على ما قدمنا ، ولو بعد انقضاء ثلاث سنوات من وقت الضياع ، أو حتى بعد انقضاء خمس عشرة سنة لأن دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم (٣) . ولكن يستطيع من عثر على الشيء ،

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٢ .

(٢) فإذا لم يطالب به مالكه ، بيع الشيء فى خلال سنة من تسليمه أو الحيوان فى خلال عشرة أيام ، فى المزداد العلنى بواسطة الإدارة ، ويصح تقصير الميعاد الذى يتم بمده البيع إذا كان الشيء الضائع يخشى عليه من التلف . ويكون لمن عثر على الشيء الضائع عشر الثمن ، وتحفظ الإدارة بباقي الثمن لحساب المالك مدة ثلاث سنوات ، فإذا لم يتقدم المالك فى خلال هذه المدة لتسلمه فانه يؤتول إلى الدولة .

ويستطيع من رسا عليه مزايا المنقول الضائع ، إذا رفع عليه المالك دعوى الاستحقاق ، أن يرد هذه الدعوى بانقضاء ثلاث سنوات من وقت الضياع . فإذا لم تنقض هذه المدة ، حق المالك أن يسترد المنقول الضائع بدعوى الاستحقاق ، على أن يرد لمن رسا عليه المزايا الثمن الذى دفعه هذا لأنه اشترى المنقول فى المزايا . ويرجع المالك على جهة الإدارة بباقي الثمن الذى أودع لحسابه ، بعد استئزال العشر الذى دفع مكافأة لمن عثر على الشيء الضائع . أنظر فى كل ذلك آنفاً فقرة ١٢ فى آخرها .

(٣) ولكن يبدو أن من عثر على الشيء الضائع لا يلتزم التزاماً شخصياً برد المنقول إلى صاحبه ، لأن واقعة العثور على المنقول الضائع لا ترتب التزاماً شخصياً فى فعة من عثر -

كما يستطيع السارق ، أن يملك المنقول الضائع بالتقادم المكسب الطويل إذا ظل حائزاً له مدة خمس عشرة سنة . وكانت الحيازة مستوفية لشرائطها ، كما سبق القول .

٤٥٦ - استرداد المنقول المسروق أو الضائع ممن تلفاه وهو سميء النية :
 فإذا تصرف في المنقول من سرقة أو عثر عليه ، وكان المتصرف إليه سميء النية ، أى يعلم أن المتصرف لا يملك المنقول ، علم أو لو لم يعلم أن المنقول مسروق أو ضائع ، فإن المالك يستطيع أن يسترد المنقول بدعوى الاستحقاق من هذا الحائز سميء النية ، كما كان يسترده ممن سرق المنقول أو ممن عثر عليه فيما قدمنا . وعلى ذلك يستطيع المالك أن يسترد المنقول من الحائز سميء النية ولو بعد انقضاء ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع ، بل ولو بعد انقضاء خمس عشرة سنة لأن دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم . ولا يمنع الاسترداد إلا أن يملك الحائز سميء النية المنقول المسروق أو الضائع بالتقادم المكسب الطويل ، بأن يبقى حائزاً له خمس عشرة سنة وتكون الحيازة مستوفية لشرائطها (١) .

وإذا لم يستطع المالك أن يسترد المنقول من الحائز سميء النية بسبب أن هذا قد تملكه بالتقادم المكسب الطويل ، فإنه يستطيع أن يرجع بدعوى التعويض على من سرق المنقول أو على من عثر عليه إذا كانت هذه الدعوى لم تسقط بالتقادم (٢) .

— هذا المنقول يتسلمه إلا إلى الشرطة ، وجزاء هذا الالتزام الفرامة كما قدمنا . وهذا بخلاف السارق ، فإنه يلتزم التزاماً شخصياً برد المسروق إلى صاحبه ، وهذا إلى جانب دعوى الاستحقاق التي يستطيع بها المالك أن يسترد المسروق من تحت يده (أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٢) . ويذهب رأى آخر إلى من عثر على شيء يلتزم التزاماً شخصياً برده إلى صاحبه ، حتى لو لم يحتفظ به بنية تملكه ، لأن واقعة العثور على الشيء في ذاتها ترتب في ذمته هذا الالتزام (بودرى وتيسيه فقرة ٨٨٥ ص ٧٠٥ - ٧٠٦ - محمد على حرق ٢ فقرة ١٢٤ ص ٢٢٨) . ونرى أن واقعة العثور في ذاتها على المنقول لا ترتب التزاماً شخصياً برده ، ولكن إذا احتفظ بالمنقول من عثر عليه بنية تملكه ، امتنع في حكم السارق وارتنكب خطأ نحو المالك ، مسروقاً كان المالك أو غير معروف ، واللتزم من عثر على المنقول ، كما يلتزم السارق ، التزاماً شخصياً برد المنقول إلى صاحبه .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٨ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٤ .

٤٥٨ - استرداد المنقول المسروق أو الضائع ممن تلقاه وهو ممن

النية سرقة الاسترداد - رجوع الخائر منه النية بالنية : بقيت حالة ما إذا كان المنقول المسروق أو الضائع قد تلقاه حائز حسن النية ، وهى الحالة التى عرضت لها المادة ١/٩٧٧ مدنى فيما رأينا ^(١) إذ تقول : « يجوز للمالك المنقول أو السند لحامله ، إذا فقده أو سرق منه . أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية . وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة » . وفى هذه الحالة وحدها نخرج من حدود تطبيق القواعد العامة ولذلك وجب النص كما نرى : فى حين أنه فى الحالتين الأوليين : حالة استرداد المنقول ممن سرقه أو ممن عثر عليه وحالة استرداده من حائز سىء النية ، لم نفعل إلا أن طبقنا القواعد العامة . وقد كانت القواعد العامة تقضى : فى الحالة الأخيرة التى نحن بصددتها وهى حالة استرداد المنقول من حائز حسن النية - بأن المالك لا يجوز له الاسترداد أصلاً ، لأن المنقول فى يد حائز حسن النية فتملكه بالحيازة . ولكن القانون هنا وازن بين مصلحة المالك ومصلحة الحائز حسن النية . فوجد المصلحة الأولى فى حاجة إلى شىء من الرعاية . فالمالك : عندما يخرج المنقول من يده باختياره إلى شخص يخون الأمانة فيبيع المنقول لحائز حسن النية . يكون قد أخطأ فى أنه أخرج المنقول من يده باختياره واضعاً ثقته فى شخص خان هذه الثقة ، ومن ثم لا نحمل الحائز حسن النية خطأ المالك ، ونجعل هذا الحائز يملك المنقول بالحيازة : ونمنع المالك من استرداد المنقول . أما إذا خرج المنقول من يد المالك على غير إرادته ، بأن سرق منه أو ضاع ، فإن المالك لا يكون قد أخطأ ، ولذلك يراعى القانون مصلحته إلى حد معين . فيجيز له أن يسترد المنقول من تحت يد الحائز حسن النية ^(٢) . وبذلك يضحى مصلحة هذا

(١) أنظر آتياً فقرة ٤٥٣ .

(٢) وفى العمل لا يرفع المالك دعوى استحقاق على الحائز . لأن يعطه الإجراءات فى هذه الدعوى تسمح للحائز بإخفاء المنقول . وإنما يلجأ المالك إلى الحيز التحفظى باعتباره مالكاً للمنقول وهو فى يد الغير ، وهذه حالة من الحالات التى يجوز فيها توقيع الحيز التحفظى . وإجراءات الحيز التحفظى سريعة ، وتتخذ عادة دون علم الحائز ، فإذا ما وقع الحيز على المنقول أصبح لا يمكن إخفاؤه ، وبعد ذلك ترفع دعوى تثبيت الحيز . وفى هذه الدعوى يثار النزاع من حيث الموضوع ، فتعمل فى العمل على دعوى الاستحقاق . أنظر فى ذلك كار بونيه ص ٢٦٥ - ص ٢٦٦ .

الأخير ويراعى مصلحة المالك . ولكن يضرب للاسترداد أجلا هو ثلاث سنوات لا يستطيع المالك بعد انقضائها أن يسرد المتقول من تحت يد الحائز ، وبذلك يضحى مصلحة المالك ويراعى مصلحة الحائز حسن النية (١) . وفي هذا توازن عادل بين المصلحتين المتعارضتين ، مصلحة المالك ومصلحة الحائز حسن النية .

ويستوى أن يكون الحائز حسن النية قد تلقى المتقول مباشرة ممن سرقه أو ممن عثر عليه ، أو تلقاه من حائز أو حائرين متعاقبين تلقوه من أحد هذين . والمهم أن يكون هو حسن النية ، ولا يهم أن يكون الحائزون المتعاقبون الذين سبقوه حسنى النية أو سيئ النية (٢) . ويستوى كذلك أن يكون حائز الحساب نفسه أو حائزاً عرضياً لحساب غيره إذا كان هذا الغير حسن النية ، وفي هذه الحالة الأخيرة يدخل الحائز العرضى الحائز الأصيل خصماً في الدعوى (٣) .

والمدة التي يستطيع فيها المالك أن يسرد المتقول المسروق أو الضائع من الحائز حسن النية هي ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع (٤) . فائس من الضروري إذن أن يستمر الحائز حسن النية على حيازته للمتقول المسروق أو الضائع مدة ثلاث سنوات ، إذ لسنأ هنا في صدد تقادم مكسب مدته ثلاث سنوات . بل يكفى أن يكون قد انقضى على سرقة المتقول أو ضياعه ثلاث سنوات ليمتنع على المالك الاسترداد ، حتى لو كان الحائز حسن النية لم تستمر حيازته للمتقول غير سنة واحدة أو حتى غير يوم واحد (٥) . وكما

(١) نفى جنائى ١٨ أبريل سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النفى الجنائى ١٢ رقم ٨٧ ص ٤٦٨ - استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١١٩ - ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٠٥ - ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩ - ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٨ . ٧ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٦٩ .

(٢) ولا يجوز رفع دعوى الاستحقاق إلا على الحائز ، أما من تلقى الحائز المتقول منهم فلا يكونون مسئولين إلا عن التمييز إن كان له محل (بودرى وتيسيه فقرة ٨٨٨) .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٨٨٩ - نفى فرنسى ٥ مايو سنة ١٨٧٤ سيريه ٧٥ - ١ - ٤٩ .

(٤) المادة ١/٩٧٧ مدنى آنفاً فقرة ٤٥٣ - سبعة ثلاث السنوات هذه هي المدة التقليدية التي كان مأخوذاً بها القانون الفرنسى القديم ، نقلاً عن القانون الرومانى (بودرى وتيسيه فقرة ٨٨٦ ص ٧٠٦) .

(٥) بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٠ ص ٧٠٩ - نفى فرنسى ٥ ديسمبر سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٧ - ١ - ٢٠١ - وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « فإذا =

أن مدة الثلاث السنوات ليست مدة تقادم مكسب ، كذلك ليست هي مدة تقادم مسقط إذ أن دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم ، بل هي ميعاد سقوط (délai de déchéance) . فهي مدة قد حددها القانون للمالك المنقول المسروق أو الضائع ليرفع في خلالها دعوى الاستحقاق على الحائز حسن النية . وعلى ذلك تسرى هذه المدة على ناقصي الأهلية والمحجورين ، أو حتى لو كان المالك أو ورثته محجوراً عليهم لصغر السن أو لغير ذلك من أسباب الحجر ، وتسرى عليهم دون أن توقف أو تنقطع (١) . وتسرى من وقت السرقة أو الضياع حتى لو لم يعلم المالك بالسرقة أو الضياع ، وقد تكتمل المدة قبل أن يعلم ذلك فلا تقبل منه دعوى الاستحقاق بالرغم من عدم علمه . ويقع عبء إثبات أن المنقول مسروق أو ضائع على عاتق المالك الذي يطلب استرداد المنقول ، فإذا ادعى الحائز حسن النية أن مدة الثلاث السنوات قد انقضت من وقت السرقة أو الضياع فلا يجوز قبول دعوى الاستحقاق بعد انقضائها ، فعلى الحائز عبء إثبات ذلك ، ويثبت تبعاً لهذا تاريخ السرقة أو الضياع (٢) .

فإذا انقضت مدة الثلاث السنوات من وقت السرقة أو الضياع دون أن

١- كان المنقول مسروقاً أو ضائعاً فإن الحائز لا يملكه ، بل تبقى دعوى المالك في الاسترداد قائمة ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة . وليس من الضروري أن تستمر حيازة المنقول المسروق أو الضائع طول هذه المدة ، فقد يضيع المنقول ولا يجوز له أحد مدة سنتين ، ثم يجده من يبيعه إلى حائز حسن النية ، فيبقى هذا حائزاً سنة واحدة حتى تكمل ثلاث السنوات التي تسقط بها دعوى الاسترداد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٤) .

(١) أوبري ورر ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٣ هامش ١ - مازو فقرة ١٥٥٣ ص ١٢٤٣ - كاربونييه ص ٢٥٧ - كولان وكايتيان ودى لاموراندوير ١ فقرة ١٢٢٠ ص ٩٩٥ - شفيق شحاتة فقرة ٢٢٢ ص ٢٣٠ - محمد حل مرة ٢ فقرة ١٢١ ص ٢٢٠ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٥٤٩ ص ٥٩٧ - إساعيل غانم ص ١٣٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٧ ص ٤٤٩ - حسن كيرة ص ١٧٢ - وانظر عكس ذلك وأن مدة الثلاث السنوات هي مدة تقادم مسقط ولكنها تسرى ضد المحجورين ولاتوقف ولاتنقطع بودرى وتيسيه فقرة ٨٩١ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٤٠ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٠ ص ٧٠٩ هامش ١ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٤١ - أنظر عكس ذلك وأن المالك يحمل عبء إثبات السرقة أو الضياع وعبء إثبات عدم انقضاء مدة الثلاث السنوات في الوقت ذاته محمد على مرة ٢ فقرة ١٢١ ص ٢٢١ .

يرفع المالك دعوى الاستحقاق على الحائز حسن النية ، فقد أصبحت دعوى الاستحقاق غير مقبولة بعد انقضاء هذه المدة . وعلى ذلك يعود الحائز حسن النية إلى الانتفاع بقاعدة تملك المنقول بالحيازة ، فيتملك المنقول المسروق أو الضائع على وجه بات دون أن يكون معرضاً لدعوى الاستحقاق (١) . وليس للمالك بعد ذلك أن يرجع بشيء على الحائز حسن النية ، وله أن يرجع بدعوى المسؤولية على من تحقق مسؤوليته ، فيرجع على السارق أو على من عثر على الشيء الضائع ولم يردده وعلى كل حائز شيء النية تلقى المنقول من أحد هذين ، وذلك كله إذا كانت دعوى المسؤولية لم تسقط بالتقادم .

أما إذا رفع المالك دعوى الاستحقاق على الحائز حسن النية في خلال مدة الثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع ، فإنه يسترد من هذا الحائز المنقول المسروق أو الضائع (٢) ، ولا يستطيع هذا الأخير أن يحتج على المالك بأنه تملك المنقول بالحيازة ، مادام المنقول مسروقاً أو ضائعاً وما دامت دعوى الاستحقاق قد رفعت على الحائز في خلال الثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع . وكل ما يستطيعه الحائز حسن النية في هذه الحالة ، بعد أن يرد المنقول إلى المالك ، هو أن يرجع بدعوى الضمان على من تلقى منه المنقول المسروق أو الضائع (٣) . وتسرى القواعد المقررة في دعوى الضمان ، ويرجع الحائز حسن النية على من تلقى منه المنقول ، سواء كان هذا الأخير مبيعاً النية

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٠ - مازو فقرة ١٥٥٣ ص ١٢٤٣ - كاربونييه ص ٢٥٧ .

(٢) فإذا كان الحائز قد استهلك المنقول دون خطأ من جانبه ، فإنه لا يكون مسئولاً عن قيمته ولا عن دفع أي تعويض (بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٥) . وهناك رأي يذهب إلى أن الحائز يكون مسئولاً طبقاً لبدأ الإثراء بلا سبب فقد اغتنى على حساب المالك (لوران ٣٢ فقرة ٥٨٥) . ولكن القانون لم يخول للمالك إلا دعوى الاستحقاق ، ولم يرتب في ذمة الحائز أي التزام شخصي ، وما دامت دعوى الاستحقاق قد أصبحت مستعجلة باستهلاك المنقول ، ومادام لا يوجد أي خطأ في جانب الحائز ، فليس للمالك أن يرجع عليه بشيء (بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٥) .

(٣) أنظر المادة ٢/٢٢٧٩ مدني فرنسي - ويحرم الحائز من الرجوع على بانعه بدعوى الضمان ، إذا تسبب باهماله في أن يفوت الفرصة على هذا البائع في أن يرجع بدوره على من يكون مسئولاً قبله (بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٧ ص ٣٩٦) .

أو حسن النية ، فإذا كان مبيع النية كانت مسئوليته أشد . على أن للحائز حسن النية ، قبل أن يرد المقتول المسروق أو الضائع إلى المالك ، أن يحبس هذا المقتول حتى يستوفى من المالك الثمن الذى دفعه ، وذلك فى حالة استثنائية تنتقل الآن إليها .

٤٨- متى يجوز للحائز حسن النية بحبس المقتول المسروق أو الضائع

حتى يستوفى من المالك الثمن الزى دفعه : تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٧٧ مدنى ، كما رأينا (١) ، على ما يأتى : « فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله ، فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذى دفعه » . ويخلص من هذا النص أن الحائز حسن نية إذا وجد فى مركز خاص يجعله جديرا بالرعاية ، بأن يكون حسن نيته مدعوما بعلامات خارجية تجعله يطمئن إلى أنه اشترى المقتول فى ظروف مألوفة تحمل على الاعتقاد بسلامة التعامل ، فإن القانون يوليه حماية فعالة ، حتى ضد مالك المقتول المسروق أو الضائع . فيجعل له الحق فى أن يحبس المقتول ، بعد أن يقضى لصالح المالك فى دعوى الاستحقاق باسترداده ، فلا يسلمه الحائز للمالك إلا بعد أن يستوفى منه الثمن الذى دفعه فى شراء هذا المقتول (٢) . وبذلك يستوفى حقه قبل أن يسلم المقتول ، وعلى المالك الذى وفى الثمن للحائز أن يرجع به على المسئول (٣) . والظروف الخارجة التى تبرر معاملة الحائز حسن النية هذه المعاملة الخاصة قد ذكرها القانون على سبيل الحصر ، وهى أن يكون الحائز حسن النية قد اشترى المقتول المسروق أو الضائع فى سوق أو فى مزاد

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٥٣ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٩٠٣ ص ٧١٦ .

(٣) وهذه قاعدة تقليدية ترجع فى أصلها إلى القانون الفرنسى القديم (بلانيول وريير بيكار ٣ فقرة ٣٩٤ ص ٣٩٣ وهامش ٣) . أما مصلحة المالك فى أن يعجل الثمن للحائز قبل أن يسرد المقتول ، فقد تكون رغبته فى استرداد مقتوله بالذات ولو بلغ ثمنه ، وقد يكون الثمن الذى يجعله الحائز أقل بكثير من قيمة المقتول كما يحدث فى كثير من الأحيان عندما يبيع السارق المسروق ، هذا إلى أن للمالك حق الرجوع على السارق أو على من غش على المقتول أو على حائز مبيع النية تلقى المقتول من أيهما بالثمن الذى سجله وبالتعويض (كاربونيه ص ٢٥٧) .

على أو اشتراه ممن يتجر في مثله . فهذه الظروف قد حلت المشرع على أن يعيد النظر في الموازنة بين مصلحة الحائز حسن النية ومصلحة المالك . فيجعل مصلحة الحائز حسن النية . وقد اشترى المتقول في ظروف بعيدة عن أية شبهة أو ريبة . هي المصلحة الراجحة . وذلك إمعانا في حماية استقرار التعامل في المتقول (١) .

فيجب إذن أن يكون الحائز حسن النية قد اشترى المتقول المسروق أو الضائع في سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله . ويعتبر بورصة الأوراق المالية سوقا لشراء السندات لحاملها . وكذلك يعتبر سوقا لشراء هذه السندات دكان الصراف (boutique d'un changeur) إذا باعها الصراف لحائز حسن النية . ولكن الصراف نفسه إذا اشترى السندات لحاملها المسروقة أو الضائعة في دكانه لا يعتبر أنه اشتراها في سوق . ويجوز للمالك استرداد هذه السندات منه في خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو انضياع دون أن يكون ملزما بتعجيل ثمنها له (٢) . ويستوى في المزاد العلني أن يكون مزادا إجباريا أو مزادا اختياريا (٣) . كما يستوى أن يكون مزادا قضائيا أو مزادا إداريا . ولا يعتبر المصرف . إذا باع سندات لحاملها مسروقة أو ضائعة . ممن يتجر في مثل هذه الأشياء (٤) . إلا إذا كانت هذه السندات أدونات على الخزنة العامة (٥) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٤ ص ٣٩٣ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٢ هامش ١٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٤ - كولان وكاييتان ودي لاموراندير ١ فقرة ١٢٢٠ ص ٩٩٥ - وقارن بودري وتيسيه فقرة ٩٠٥ - وكعدكان الصراف بنك الرهونات ، فن رهن متغولا مسروقا أو ضائعا في بنك الرهونات لا يكون قد رهنه في سوق ، ومن ثم لا يجوز لبنك تقاضي مبلغ القرض من المالك المسترد (كولان وكاييتان ودي لاموراندير ١ فقرة ١٢٢٠ ص ٩٩٥) .

(٣) محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٢٢ ص ٢٢٢ .

(٤) ولكن مسار البورصة يعتبر كذلك ، وقد قضى بأن من يشتري سندات مسروقة من مسار في البورصة له أن يطلب استرداد الثمن الذي دفعه (استئناف مختلط ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٥٥ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ٣٣٦ ص ٢١٤)

وانظر في هذا المعنى محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٢٢ ص ٢٢٢ .

(٥) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٤ ص ٣٩٤ - وإذا اعتقد الحائز حسن النية أنه اشترى المتقول ممن يتجر في مثله ، ثم اتضح أن البائع ليس في الواقع من الأمر من -

فاذا كان الحائز حسن النية قد اشترى المنقول المسروق أو الضائع من سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر. في مثله . كان للمالك مع ذلك أن يسترد المنقول بدعوى استحقاق يرفعها على الحائز في خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع كما قدمنا . ولكنه لا يستطيع أن يجبر الحائز على تسليم المنقول إليه إلا إذا عجل له الثمن الذي دفعه . والمقصود بالثمن هنا هو المبلغ الذي دفعه الحائز لشراء المنقول . فيدخل الثمن الأصلي للمنقول والمصروفات التي أنفقها الحائز في شرائه . بل يدخل أيضا وفقا لنص المادة ١/٩٨٠ مدني المصروفات الضرورية التي أنفقها الحائز على المنقول . وتسرى في شأن المصروفات النافعة والمصروفات الكمالية أحكام المادة ٣/٩٨٠ مدني ، ولا يتقاضى الحائز فوائد على هذه المبالغ لأنه انتفع بالمنقول (١) . وواضح من عبارة « يعجل له الثمن الذي دفعه » . وهي العبارة الواردة في آخر المادة ٢/٩٧٧ مدني (٢) . أن الحائز لا يسلم المنقول للمالك إلا إذا استوفى منه الثمن على النحو المتقدم . أي أن له أن يحبس المنقول في يده حتى يستوفى الثمن (٣) . وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة في الحق في الحبس (٤) .

« يتجر في مثل المنقول المبيع ، فالعبرة بالواقع لا بما اعتقده الحائز . ومن ثم لا يعتبر أنه اشترى المنقول ممن يتجر في مثله بالرغم من أنه كان يعتقد ذلك ، فيجوز للمالك أن يسترد منه المنقول في خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع دون أن يكون ملزماً بتسجيل الثمن (أنظر هذا المعنى بودري وتيسيه فقرة ٩٠٣ مكررة - أبيان ١٤ مايو سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٦ - ٢ - ٤٦٨) . وقد قضى بأن الحائز الذي اشترى براميل من وكيل مصنع جعة لا يبيع إلا الجملة ولا يبيع هذا الصنف من البراميل ليس له أن يطالب برد الثمن الذي دفعه (استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٢٣) .

(١) بودري وتيسيه فقرة ٩٠٦ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٥٣ .

(٣) فإذا لم يحبس الحائز المنقول وسلمه للمالك . فإنه يفقد ضمان الحبس ، ولكنه لا يفقد الحق في استيفاء الثمن من المالك (مازو فقرة ١٥٥٧) .

(٤) ونرى عن البيان أنه إذا كان المنقول المسروق أو الضائع من الأموال العامة ، فإنه لا يقبل التملك بالحيازة . ومن ثم إذا اشترى حائز حسن النية هذا المنقول في سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله ، فإنه لا يملكه بالحيازة . وكذلك لا يستطيع أن يطالب بالثمن الذي دفعه (بودري وتيسيه فقرة ٩١٠ - بلانيول وزيير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٦ ص ٣٩٤ - ص ٣٩٥) .

ويعامل الدائن المرتهن رهن حيازة المنقول مسروق أو ضائع معاملة مالك المنقول في كل ما قدمناه . وقد نصت المادة ١١١٨ مدنى على أن « ١ - الأحكام المتعلقة بالآثار التى تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التى لحاملها تسرى على رهن المنقول . ٢ - وبوجه خاص يكون للمرتهن إذا كان حسن النية أن يتمسك بحقه فى الرهن . ولو كان الراهن لا يملك التصرف فى الشيء المرهون ... » ١١ . وعلى ذلك إذا رهن غير المالك المنقول للمرتهن رهن حيازة حسن النية يعتقد أن الراهن هو مالك المنقول . فان للدائن المرتهن أن يتمسك بهذا الرهن وأن يحتج به على مالك المنقول . فإذا كان المنقول مسروقا أو ضائعا . واسترده المالك فى خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع ، فإنه يسترده خاليا من حق الرهن بالرغم من أن الدائن المرتهن حسن النية . فإذا كان الدائن المرتهن قد ارتهن المنقول من شخص يتعامل فى مثل المنقول . فليس للمالك أن يسترد المنقول خاليا من الرهن إلا بعد أن يجعل للدائن المرتهن الدين الذى له المضمون بالرهن وما يتبع هذا الدين من مصروفات وفوائد . بعد استئصال ما يقابل المدة الباقية لحللول الدين من الفوائد بالسعر القانونى أو بالسعر الاتفاقى بحسب الأحوال (٢) .

(١) أنظر آتفاً فقرة ٤٤٢ - أنظر فى امتياز المؤجر المادة ٢/١١٤٣ و ٤ مدنى وتنص على ما يأتى : « ٢ - ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر أو كانت مملوكة لغيره ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت ونسبها فى العين المؤجرة بوجود حق لغيره عليها ، وذلك دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة . . . » - وإذا نقلت الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ولم يبق فى العين أموال كافية لتضامن الحقوق المستأجرة ، بقر الامتياز قائماً على الأموال التى نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذى كسبه الغير حسن النية على هذه الأموال . ويبقى الامتياز قائماً ولو أضر بنفع الغير لمدة ثلاث سنوات من يوم نقلها إذا أوقع المؤجر عليها حجزاً استحقاقياً فى الميعاد القانونى . ومع ذلك إذا بيعت هذه الأموال إلى مشتر حسن النية فى سوق عام أو فى مزاد على أو بمن يتجر فى مثلها ، وجب على المؤجر أن يرد الثمن إلى هذا المشتري » (أنظر فى معنى الفقرة الرابعة للمادة ٢/٢٢٨٠ مدنى فرنسى التى أضيفت بقانون ١١ يولية سنة ١٨٩٢) - وانظر أيضاً نصاً مماثلاً فى امتياز صاحب الفندق المادة ٢/١١٤٤ مدنى مصرى .

(٢) محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٥٧ - وقارن محمد على عرقة ٢ فقرة ١٢٢ ص ٢٢٢ - أما فى فرنسا فلا يوجد نص مقابل المادة ١١١٨ مدنى مصرى ، فسمد القضاء الفرنسى إلى تطبيق قاعدة تملك المنقول بالحيازة على المرتهن رهن الحيازة . ولكنه لا يطبق عليه المادة ٢٢٨٠ مدنى فرنسى المتعلقة بوجوب رد الثمن إذا كان الشراء فى سوق أو مزاد على أو بمن يتجر فى مثل ..

٤٥٩ - رموع المالك بالتمن الزى هجده للحائز حسن النية : وإذا عجل المالك للحائز حسن النية الثمن على النحو الذي قدمناه ، فإنه يرجع بما عجله على سارق المنقول أو على من عثر على المنقول . وذلك على سبيل التعويض عن الخطأ التقصيري الذي ارتكبه هذان الأخيران . وليس له أن يرجع على من تلقى المنقول من سارقه أو ممن عثر عليه . أو من حائز قال له ، إلا إذا أثبت سوء نيته أو أثبت في جانبه خطأ . وذلك وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية . فاذا باع سارق المنقول مثلا المنقول لمشتري حسن النية . ثم باع المشتري المنقول لحائز حسن النية في سوق أو في مزاد علني أو كان المشتري يتجر في مثل هذا المنقول . فإن مالك المنقول يجب ، قبل أن يسترد المنقول ، أن يعجل الثمن للحائز حسن النية . ثم يرجع بما عجله على السارق ، وكذلك يجوز له أن يرجع به على المشتري الأول سيء النية الذي اشترى المنقول من السارق وباعه للحائز حسن النية وقبض منه الثمن ^(١) وهو لا يرجع على هذا المشتري الأول إلا على أساس الخطأ التقصيري الذي ارتكبه بسوء نيته ^(٢) .

وقد يقع أن سارق المنقول مثلا يبيعه لحائز حسن النية في سوق أو مزاد علني أو يكون السارق ممن يتجر في مثل هذا المنقول . ثم يبيعه الحائز حسن

المنقول (نقض فرنسي ١١ ماي سنة ١٨٩٨ سي ريه ٩٨ - ١ - ٤٨١) . وينتقد الفقه الفرنسي القضاء لأنه وقف في منتصف الطريق ، فلا هو امتنع عن تطبيق القاعدة على الدائن المرتهن رهن حياة ، ولا هو طبقها عليه تطبيقاً كاملاً (أنظر بودري وتيسيه فقرة ٩٠٨ مكررة وتعليقه في سي ريه ٩٨ - ١ - ٤٨١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٥ - وقارن مازو فقرة ١٥٥٦) .

(١) وهذا ما قصدت إليه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى عندما ذكرت أن المالك يرجع على من قبض الثمن ، فهي نقول : «على أن هذه الدعوى إذا رفضت في الميعاد ضد حائز اشترى من سوق عمومية أو من مزاد علني أو من شخص يتجر في مثل هذا المنقول ، جاز للحائز ألا يرد الشيء حتى يسترد الثمن الذي دفعه ، ويرجع المالك على من قبض هذا الثمن» (مجموعة الأعمال التمهيدية ٦ ص ٥١٤ - ص ٥١٥) .

(٢) فلا يرجع عليه ، لا على أساس أنه وفى عنه دينه للحائز حسن النية فضل محله فيه لأن المشتري سيء النية لا يلتزم نحو الحائز حسن النية برد الثمن ، ولا على أساس أنه يرجع عليه كما كان يرجع عليه الحائز حسن النية إلا إذا كان ذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة (أنظر بودري وتيسيه فقرة ٩٠٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٧ ص ٥٩٦ - ملزو فقرة ١٥٥٨ - نقض فرنسي ١١ فبراير سنة ١٩٣١ دالوز ٣١ - ١ - ٣٢٩ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٦ جازيت دى باليه ١٩٥٧ - ١ - ١٧٠ - وأنظر محمد على مرة ٢ فقرة ١٢٢ ص ٢٢٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٦٣ ص ٧٠٠) .

النية لشتر ثان حسن النية أيضا ولكنه لا يشترى في الظروف التي تسوغ أن يطلب تعجيل الثمن. ففي هذه الحالة يرفع المالك دعوى الاستحقاق على المشتري الثاني - فلا يكون لهذا الأخير أن يطلب تعجيل الثمن إذ ليس له حق في ذلك . ولكنه إذا أدخل المشتري الأول خصما ضامنا في الدعوى - وجب على المالك أن يعجل الثمن لهذا المشتري الأول . ولا يعجل إلا الثمن الذي دفعه المشتري الأول للسارق إذا كان هذا الثمن أقل من الثمن الذي دفعه المشتري الثاني للمشتري الأول (١) . ثم يرجع المالك على السارق بما عجله من الثمن (٢) .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٩٠٨ .

(٢) هذا وقد صدر في فرنسا قانون ١٥ يونيو سنة ١٨٧٢ المعدل بقانون ٨ فبراير سنة ١٩٠٢ . يضع نظاماً خاصاً يسمى ملك السندات لحاملها إذا فقد أو سرت منه . فيستعقد تداول هذه السندات . ويستطيع المالك أن يسترد ما حق من الخاتم حسن النية دون أن يعجل له الثمن . ويتسكن من قبض فوائد هذه السندات ومن قبض رأس المال . بل ومن الحصول على نسخة أخرى من السند بدلا من السند الذي ضاع أو سرق . أنظر في هذا القانون بلانول وويير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٩ - فقرة ٤١١ . ولا يوجد في مصر تشريع مقابل هذا التشريع ، فتخضع السندات لحاملها المسروقة أو الضائعة للقواعد العامة التي سبق تفصيلها ، ولأحكام الأمر العالي الصادر في ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ ، والخاص بالأنبياء والحيوانات الضائعة (أنظر آنفاً فقرة ٤٥٥) . وانظر استئناف أغسطس ١٧ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٧٥ - ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٢٧ - ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١١ .

وقد صدر أمر عال في ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ ١٩٠١ خاص بالبيوت المالية التي تقرر ض نفوداً على رهونات (maisons de rétrogarage) (المعدل بمرسوم بقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٣٨) . وتقضى المادة الأولى منه بعدم جواز إنشاء بيت مئول لتسليف النقود على رهونات بغير إذن الحكومة، وتنظم المواد التالية كيف تصدر الرخصة لبيت التسليف وكيف يجري القرض وميعاده وشروطه وفوائده وكيف يرد وما إلى ذلك . ثم تنص المادة ١٢ على أنه « إذا حصلت المطالبة برد الشيء المرهون بسبب السرقة أو بأى سبب آخر ، وجب على المالك إجراء ما يأتي : أولاً - أن يثبت بالطرق القانونية حقه في الملكية . ثانياً - أن يدفع المبلغ المظنون من رأس مال وفوائد ، ما لم يكن بلغ المسلف وقت التسليف بأن الشيء المرهون لم يكن ملكاً للسلف أو أنه لم يكن جائزاً للسلف وحده » . وقد قضت محكمة النقض الجذبة بأن التصرف في الشيء المنقول برهنه رهن حيزة لا يجوز إلا من مالك هذا الشيء . فليس إذن لعدائين المرتين المنقول أن يرهنه باسمه ضماناً لدين عليه . فان فعل فلا يحتج بالمعقد على المالك الحقيقي . غير أنه إن كان هذا المرتين الأخير حسن النية وقت المعقد ، أى معتقداً صحة ملكية من تعاقد معه ، ففي هذه الحالة يكون على المالك الذي يطالب برد ملكه أن يوفى هذا المرتين بكل المستحق له من الدين المضمون بالرهن . وأما إذا كان سوء النية ، فان الرهن لا يكسبه من الحقوق قبل مالك الشيء المرهون أكثر مما يملكه الذي تعاقد معه ، فلا يلزم المالك إلا بأن يؤدي له قيمة الدين المطلوب منه لدائنه هو والذي =

المطلب الثالث

كسب ملكية الثمار

٤٦٠ - نصومى قانونية : تنص المادة ٩٧٨ مدنى على ما يأتى :

- ١ - يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية .
 - ٢ - والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها ، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوما .
- وتنص المادة ٩٧٩ مدنى على ما يأتى :

« يكون الحائز سىء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سىء النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها ، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار » (١) .

= يحول المرتين حبس المرمون حتى الوفاء . ولم يمين القانون طريقة لإثبات سوء نية المرتين المتعاقدين مع غير مالك ، بل ترك ذلك للقواعد العامة التى تتيح فى هذه الحالة الإثبات بجميع طرق الإثبات القانونية . تلك هى الأحكام التى تملها القواعد القانونية العامة بشأن رهن المرتين للثمر المرمون لديه ، والتى تضمنتها المادة ١٢ من لائحة البيوت المالية للتسليف على رهون (نقض جنائى ٢ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٧١ ص ٩٠٥) . وانظر استئناف مخطوط ٥ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٩٥ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٧٥ - فقرة ٤٧٧ وكتابه فى التأمينات العينية فقرة ٣٥٩ - وهذا وهناك مشروع بقانون قدم إلى مجلس الأمة بإلغاء بيوت التسليف على رهونات وإحالة أعمالها على بنوك الائتمان وتنظيم عملية تصفية بيوت التسليف الحالية ولا يزال هذا المشروع منظوراً أمام مجلس الأمة .

(١) تاريخ النصوص : م ٩٧٨ : ورد هذا النص فى المادة ١٤٣٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن صدر الفقرة الثانية من المشروع التمهيدى كانت تجرى على الوجه الآتى : « وتمتلك الثمار ، طبيعية كانت أو استحدثتها يد الإنسان مقبوضة من يوم نقلها ... » . ووافقت لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٠٥٣ فى المشروع النهائى ، على النص ، بحد تعديل صدر الفقرة الثانية على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٥٠ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٦ - ص ٥١٧) .

م ٩٧٩ : ورد هذا النص فى المادة ١٤٣١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٥٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥١ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٧ - ص ٥١٨) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٢٠٧/١٤٦ (١)
وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
م ٩٢٩ - ٩٣٠ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٨٢ - ٩٨٣ - وفي التقنين
المدني العراقي م ١١٦٥ - ١١٦٦ (٢) .

ويخلص من هذه النصوص أن الحائز يتملك الثمار بقبضها إذا كان حسن
النية ، أما إذا كان سيء النية فإنه لا يتملكها - بل يجب أن يردّها للمالك بعد
أن يسترد منه ما أنفق في إنتاجها . وعلى ذلك نبهت الحالتين الآتيتين :
(١) تملك الحائز للثمار . (٢) عدم تملك الحائز للثمار وجوب ردّها للمالك .

(١) التقنين المدني السابق : م ٢٠٧/١٤٦ : فإذا أخذ ذلك الشيء مع علمه بعدم استحقاقه
له ، كان مسئولاً عن فقده ، وملزماً بفوائده وريبه . والتقنين المدني السابق يورد قاعدة تملك
الحائز للثمار ، على أهميتها ، بطريقة عرضية مخفية ، في مكان يصعب تصور وجودها فيه . وعن
طريق الاستنتاج المكس . وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدي في هذا الصدد : « وهذه
الأحكام الهامة التي يوردها المشروع في وضوح تام تراها في التقنين اخل (السابق) مخفية في
ثنائيا النصوص ، تستخلص عن طريق الاستنتاج المكس في موضع لا يتصور أن يكون من نطاق
وجودها . فلادة ٢٠٧/١٤٦ ، وهي تستعرض الحكم فيما إذا أخذ شخص شيئاً ليس له وهو
يعلم ذلك ، تنص على أنه يكون « مسئولاً عن فقده وملزماً بفوائده وريبه » . وقد استخلص
من هذا النص أن الحائز إذا كان سيء النية يكون مسئولاً عن الفوائد والربح ، أي
عن الثمار . فيستنتج من مفهوم مخالفة أنه إذا كان حسن النية لا يسأل عن الثمار ، ويخلص من كل ذلك أن
الحائز حسن النية يملك الثمار بقبضها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٨) . وقد
أقر القضاء هذا الحكم في عهد التقنين المدني السابق (استئناف وطني ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٠
الحقوق ١٥ ص ١٩٣ - ١٧ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٧٩ - ٢٤ مارس سنة ١٩٢٨
المهام ٨ رقم ٤٧٧ ص ٧٨٤ - استئناف مخطوط ٣٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ٢٥ ص ٢٣٠ -
١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٨٢) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩٢٩-٩٣٠ (مطابق)

التقنين المدني الليبي م ٩٨٢-٩٨٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٦٥ : يملك الحائز

حسن النية ما قبضه من الزوائد وما استوفاه
من المنافع مدة حيازته .

م ١١٦٦ : يكون الحائز

سيء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي قبضها والتي قصر في قبضها ،
بغير أنه يجوز له أن يسترد ما أنفق في إنتاج هذه الثمار .

(وأحكام التقنين العراقي تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري) .

§ ١ - نملك الحائز للمعام

٤٦١ - المسائل التي نبهت : المفروض هنا أن الحائز لم يملك أصل العين لا بالتقادم ولا بالحيازة في المنقول ولا بأى سبب آخر من أسباب كسب الملكية . ويطلبه المالك برد العين التي يحوزها (١) . فتبحث أولاً الدعاوى التي يمكن أن يطلب بها المالك الحائز برد العين . ونبحث بعد ذلك . إذا ما رد الحائز العين إلى المالك . ماهي الشروط التي إذا هي توافرت تملك الحائز الثمار فلا يردها مع العين إلى المالك . ثم نبحث كيف يملك الحائز الثمار إذا توافرت شروط تملكها . ونبحث أخيراً الأساس القانوني لملك الحائز للثمار .

٦٢ - الدعاوى التي يحكمه أنه يطلب بها المالك الحائز برد العين :

الدعوى المألوفة التي يطلب بها المالك الحائز برد العين التي يحوزها هي دعوى الاستحقاق . والمفروض هنا أن الحائز قد استولى على عين غير مملوكة له بنية تملكها ، إما بأن يتلقاها من غير المالك أو بأن يستولى عليها دون سند ، أى سواء كان حسن النية أو سوء النية . فان كانت العين منقولة وكان الحائز حسن النية ، فقد رأينا أنه يملك المنقول بمجرد الحيازة على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم ، فلا يكون هناك مجال للمالك لا لاسترداد العين ولا لاسترداد ثمارها (٢) . أما إذا كانت العين عقاراً ، أو كانت منقولة ولكن الحائز كان سوء النية ، فان العين تبقى على ملكية مالكها ما لم يملكها الحائز بالتقادم القصير في العقار أو بالتقادم الطويل في كل من العقار والمنقول . فإذا لم يملكها الحائز بالتقادم ، فان المالك يستردها منه . وهنا تثار مسألة الثمار ، وهل يملكها الحائز أو لا يملكها .

(١) أما إذا كان الحائز قد تملك العين بالتقادم ، فان الأثر الرجعي للتقادم يجعله يملك الثمار من وقت بدء الحيازة ، إذ يصبح مالكا من هذا الوقت . ويستوى أن تكون الحيازة بحسن نية أو بسوء نية ، فانه يملك الثمار لا بالحيازة ، ولكن باعتباره مالكا لأصل العين بأثر رجعي منذ بدء الحيازة (مازو فقرة ١٥٦٦) .

(٢) على أن هناك حالات لا يملك فيها الحائز المنقول ، ومع ذلك يملك الثمار بالقبض . من ذلك أن يكون الحائز الأصل سوء النية ويرثه شخص حسن النية ، ويقبض هذا الثمار وهو حسن النية فيملكها بالقبض ، ولكنه لا يملك أصل العين بالحيازة لأن مورثه كان سوء النية . ومن ذلك أيضاً أن يكون الحائز حسن النية ولكن المنقول يكون مسروقاً أو ضائعاً ، فيجوز للمالك أن يسترده في خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع ، ولكنه لا يسترد ما قبضه الحائز وهو حسن النية من الثمار . انظر في ذلك مازو فقرة ١٥٦٩ .

ولست دعوى الاستحقاق هي الدعوى الوحيدة التي تثار فيها مسألة الثمار ، وإن كانت هي الدعوى المألوفة كما قدمنا . فكثيرا ما تثار مسألة الثمار في الدعوى الشخصية باسترداد ما دفع دون حق . وتنص المادة ١٨٥ مدني في هذا الصدد على أنه ١ - إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية ، فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم . ٢ - أما إذا كان سيء النية . فانه يلتزم أن يرد أيضا الفوائد والأرباح التي جناها . أو التي قصر في جنبها . من الشيء الذي تسلمه بغير حق . وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية . ٣ - وعلى أي حال يلتزم من تسلم غير المستحق يرد الفوائد والثمرات من يوم رفع الدعوى .

كذلك تثار مسألة الثمار فيما إذا تلقى الحائز من المالك ملكية العين بمقد باطل أو قابل للإبطال أو قابل للنقض للغير أو قابل للفسخ أو معلق على شرط فاسخ . فاذا ما انضح بطلان العقد . أو أبطل . أو نقض للغير . أو فسخ ، أو تحقق الشرط الفسخ (١) . فان العقد لا يكون له وجود بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن . ومن ثم يسترد المالك العين من الحائز . وهنا تثار مسألة الثمار ، وهل يملكها الحائز من وقت أن حاز العين إلى وقت ردها إلى المالك أو لا يملكها (٢) .

ونرى من ذلك أن تملك الثمار يختلف عن تملك العقار بالتقادم القصير وتملك المنقول بالحيازة . ففي الحالتين الأخيرتين رأينا الحائز يتلقى العين من غير المالك ، وهو يعتقد بحسن نية أنه يتلقاها من المالك . أما في الحالة الأولى ، وهي حالة تملك الثمار ، فقد يتلقى الحائز العين من غير المالك ثم يستردها منه المالك مع

(١) انظر في تحقق الشرط الفسخ بلانيول وريبير وبولانجيبة فقره ٢٧٩٨ - بودري وشوفو فقره ٣٠٣ (ويستند عدم جواز استرداد الثمار إلى أن قبضها يمد من أعمال الإدارة التي لا تتأثر بالأثر الرجعي للفسخ) . شفيق شعاعته فقره ٨٥ ص ١١١ .

(٢) أنظر أوبري ورو فقره ٢٠٦ ص ٣٧٦ - بودري وشوفو فقره ٢٩٨ - فقره ٣٠٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقره ١٨١ . مارك ورينو فقره ٤٤ ص ٥٣ - ص ٥٤ - وقد يرد نص خاص في حالات معينة ، فترى الأحكام التي وردت في هذا النص (انظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقره ١٨٣ . وبوردون النصص الآتية في الضيق المدف للفرنسي : المواد ٨٥٦ و ٩٢٨ و ٩٥٨ و ٩٦٢ و ١٩٨٢ من هذا التفتيح) .

الثمار أو بغيرها : أو يتلقاها من المالك نفسه بعقد معيب يزول بأثر رجعي فيسترد المالك العين مع الثمار أيضاً أو بغيرها .

٤٦٣ - الشروط الواجب توافرها متى تملك الخنز الثمار فهو بردها

مع العين إلى المالك : المفروض أن الحائز قد حاز العين بنية تملكها فتوافر في الحيازة عنصرها المادى والمعنوى ، وأن الحيازة خالية من العيوب ، وقد تقدم الكلام فى ذلك . وحتى يتمسك الحائز بتملكه الثمار بقبضها . فلا يردّها إلى المالك ، فى دعوى من الدعاوى التى يطالب فيها المالك الحائز برد العين والتى تقدم ذكرها ، يجب أن يكون الحائز حسن النية . ولكن ليس من الواجب أن يكون لديه سبب صحيح . وقد رأينا (١) الفقرة الأولى من المادة ٩٧٨ مدنى تقول : « يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية » . ولم يذكر النص السبب الصحيح شرطاً لتملك الثمار ، كما ذكر ، فى تملك العقار بالتقادم المكسب القصير (٢) ، وكما ذكره فى تملك المنقول بالحيازة (٣) .

ونلاحظ منذ الآن تدرج التقنين المدنى المصرى فى اشتراط السبب النصحيح . فهو يتطلبه شرطاً مستقلاً عن حسن النية ، ويلقى عبء إثباته على الحائز ، فى التقادم المكسب القصير . ويتطلبه كذلك شرطاً مستقلاً عن حسن النية ، ولكن يفترضه ويلقى عبء إثبات العكس على المالك ، فى تملك المنقول بالحيازة . ولا يتطلبه أصلاً ، ويكتفى بشرط حسن النية ، فى تملك الثمار .

ونتكلم الآن فى اشتراط حسن النية ، ثم نتكلم فى عدم اشتراط السبب النصحيح .

٤٦٤ - اشتراط حسن النية : حسن النية هنا يختلف معناه عن المعنى الذى ذكرناه فى التقادم المكسب القصير وفى تملك المنقول بالحيازة . فى هاتين الحالتين الأخيرتين ذكرنا أن حسن النية هو جهل الحائز بأنه تعامل مع غير المالك ، أما علمه بالعيوب الأخرى التى تشوب السند الذى تلقى به العين من غير المالك فلا يؤثر فى حسن نيته . فقد يكون عالماً بأن هذا السند قابل

(١) انظر آتفاً فقرة ٤٦٠ .

(٢) م ٩٦٩ مدنى آتفاً فقرة ٤١٧ .

(٣) م ٩٧٦ مدنى آتفاً فقرة ٤٣٥ .

للإبطال أو قابل للتقضى ، ومع ذلك يبقى حسن النية ما دام يعتقد أن من تلقى منه العين هو المالك لها . أما هنا ، فى تملك الثمار ، فحسن النية معناه جهل الحائز بعيوب سنده جميعا ، أيا كانت هذه العيوب . فقد يكون تعامل مع غير المالك ، فإذا جهل ذلك واعتقد أن من تلقى منه العين هو المالك ، فهو حسن النية (١) ، إذا لم يكن السند تشوبه عيوب أخرى . فإن كانت عيوب أخرى تشوبه ، وجب أن يكون جاهلا لهذه العيوب أيضا حتى يكون حسن النية . وإذا كان قد تعامل مع المالك ، وكان سنده مشوبا بعيب ، كأن كان باطلا أو قابلا للإبطال أو قابلا للتقضى ، وجب أن يكون جاهلا بالعيب حتى يكون حسن النية . فحسن النية فى تملك الثمار معناه إذن أن يعتقد الحائز أنه يملك العين التى أنتجت هذه الثمار ملكا صحيحا لا تشوبه شائبة ، وأن ملكية العين قد انتقلت إليه من مالكها انتقالا صحيحا باتا ، فأصبح هو المالك للعين ، وتبعا لذلك أصبح مالكا للثمار (٢) .

ولا أهمية للسبب الذى يعتقد الحائز أن ملكية العين قد انتقلت إليه بموجبه . فقد يكون هذا السبب تصرفا ناقلا للملكية ، كبيع أو وصية ، صادرا من غير مالك أو صادرا من المالك . وقد يكون السبب واقعة مادية كالمراث ، سواء كان الحائز وارثا فعلا (٣) أو غير وارث ما دام يعتقد أنه وارث . بل قد يكون السبب هو الاستيلاء ، وهو سبب يكسب الملكية ابتداء ولا يتقلها . فإذا استولى شخص على مال اعتقد أنه مباح لا مالك له وأنه قد تملكه بالاستيلاء ،

(١) ولا يعتبر الحائز من النية حتما لمجرد أن من تعامل معه قد اشترط عليه عدم ضمان الاستحقاق ، لقد يكون حسن النية بالرغم من وجود هذا الشرط (ديمر لومب ٩ بقرة ٦٠٣ - بودرى وشوفو بقرة ٣٠٥ ص ٢١٧) . ومن وضع يده على ثمار بموجب حكم صدر لصالحه يمكن أن يعتبر وضع يده بنية حسنة حتى فى حالة معارضة واضح اليد المتزع من القمار فى تسليمه عند التنفيذ (استئناف وطنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٧١ ص ١٦٥) .

(٢) أوبرى ورو ٢ بقرة ٢٠٦ ص ٣٧٧ - ص ٣٧٨ - مازو بقرة ١٥٧٠ - تقضى فرنسى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٦٤ سيريه ٦٥ - ١ - ١٨ - ولا ينتفى حسن نية أن يعلم الحائز أن السند الذى يملك بموجبه العين فى حاجة إلى تصديق المحكمة لأنه صادر من وصى على القاصر ، إذا اعتقد أن هذا التصديق سيصدر حتما من المحكمة لأن القدر فى مصلحة القاصر (أوبرى ورو ٢ بقرة ٢٠٦ وعامش ١٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ بقرة ١٧٦ ص ١٨٦) .

(٣) ولكن عليه أن يرد الثمار التى قبضها مورثه قبله إذا كان المورث من النية ، على أن يكون ذلك فى حدود نصيب الوارث فى التركة (شفيق شعاع بقرة ٨٧) . وسيأتى بيان ذلك .

ثم تبين أن المال له مالك ، واسترده المالك من الحائز ، جاز لهذا الأخير أن يتمسك بحسن نيته لتملك الثمار . فالحكم إذن كما قدمنا أن يعتقد الحائز أنه يملك العين التي أنتجت الثمار بأى سبب من أسباب كسب الملكية . وأن يعتقد أن هذه الملكية لا شائبة فيها . حتى يكون حسن النية فيتملك الثمار بالقبض .

ولما كان المفروض أن الحائز لم يملك العين التي أنتجت الثمار ، فلا بد أن يكون قد وقع في غلط وهو يعتقد أنه ملكها . ولا بد أن يكون هذا الغلط مغتفرا (excusable) . فالغلط غير المغتفر (inexcusable) ينفي حسن النية . ويستوى أن يكون الغلط غلطاً في الواقع أو غلطاً في القانون (١) ، ما لم يكن الغلط في القانون متعلقاً بمسألة تعتبر من النظام العام ، فعند ذلك يكون الغلط غلطاً غير مغتفر وينفي حسن النية (٢) .

ويجب أن يتوافر حسن النية على الوجه الذى بيناه في الوقت الذى يقبض فيه الحائز الثمار ، فإذا تولى قبضه للثمار وجب أن يكون حسن النية في كل مرة يقبض الثمار فيها (٣) . وعلى ذلك إذا تلقى الحائز العين من مورثه ، وكان المورث سىء النية والوارث حسن النية ، لم يؤثر سوء نية المورث في حسن نية الوارث . ويتملك الوارث الثمار التي يقبضها بعد موت المورث ، ما دام حسن النية وقت قبضها (٤) . أما الثمار التي قبضها المورث وهو سىء النية ، فهذه

(١) بودرى وشوفو فقرة ٢١٠ ص ٢١٩ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٧٨ - ص ٣٧٩ - بلا نيول وريير وبيكار ٣

فقرة ١٧٦ ص ١٨٦ - إسماعيل غانم ص ١٤١ .

(٣) استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٦١ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م

١٣ ص ٤٦ - ٣٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣٠ - ١٤ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٢٢ -

١٢ يونيو سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ١٩ - استئناف وطني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢ المجموعة

الرسمية ٤ رقم ٤١ ص ١٦٥ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣٧ ص ٧٩ -

شفيق شحانة فقرة ٨٧ ص ١١٢ - محمد عل عرفه ٢ فقرة ١٠٤ ص ١٩٤ - عبد المنعم البدر اوى

فقرة ٢٨ ص ٣٧ - ص ٣٨ .

فإذا قبض الحائز الثمار مرة وهو حسن النية تملكها ، ولا يهم بعد ذلك أن يصبح سىء النية

فسوء النية اللاحق لا يؤثر في تملكه الثمار التي قبضها وهو حسن النية ، وإنما يحسم من تملك الثمار

التي يقبضها بعد ذلك وهو سىء النية (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨٣ - مازو فقرة

١٥٧٠ ص ١٢٥٠) .

(٤) محمد عل عرفه ٢ فقرة ١٠٤ ص ١٩٤ .

يجب ردها للمالك . وإذا لم تكن قد ردت في حياة المورث كانت ديناً على التركة ، ولم تخلص التركة للوارث إلا بعد وفاء هذا الدين . وإذا فرضنا العكس وكان المورث حسن النية والوارث سيء النية ، فهنا أيضاً لا يؤثر حسن نية المورث في سوء نية الوارث . ويتملك المورث الثمار التي يكون قد قبضها مادام أنه كان حسن النية وقت قبضها ، ولا يتملك الوارث الثمار التي يقبضها إذ أنه سيء النية (١) .

والمفروض أن الحائز حسن النية حتى يثبت للمالك سوء نيته ، إذ أن حسن النية مفترض حتى يقوم الدليل على العكس (م ٣/٩٦٥ مدني) (٢) . فإذا كان السند الذي تلقى به الحائز العين يشوبه عيب ، لم يكلف الحائز إثبات أنه كان يجهل هذا العيب وقت قبض الثمار ، بل على المالك إذا أراد استرداد الثمار أن يثبت هو أن الحائز كان عالماً بالعيب وقت القبض . وإذا قضى للمالك بالثمار ، وجب أن يذكر الحكم صراحة أن الحائز كان سيء النية وقت قبضه إياها (٣) .

(٦) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨١ هامش ٢٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣

فقرة ١٧٦ ص ١٨٧ .

(٧) انظر عكس ذلك وأن حل الحائز أن يثبت حسن نيته بودي وشوفو فقرة ٣١١ .

(٨) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٧ ص ١٨٨ - نقض فرنسي ٣ مايو سنة ١٨٦٩ والوز ٦٩ - ١ - ٢٥٤ - ويلهب رأي في الفقه الفرنسي (لأوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٧ ص ١٨٨ - وانظر أيضاً في الفقه المصري شفيق شحاته فقرة ٨٦) إلى أن حسن نية الحائز إذا كان يرجع إلى غلط في الواقع كان مفترضاً وكلف المالك إثبات سوء نية الحائز ، أما إذا كان حسن النية يرجع إلى غلط في القانون فإن حسن النية لا يفترض ويجب حل الحائز أن يثبت هو أنه وقع في هذا الغلط - ولكن القضاء الفرنسي لم يساير هذا الرأي ، وهو يفترض حسن نية الحائز سواء كان الغلط في الواقع أو كان في القانون (نقض فرنسي ١١ يناير سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٧ - ١ - ٢٢٥) . ورأى القضاء الفرنسي هو الذي نقض منه (انظر محمد حل مرفه ٢ فقرة ١٠٤ ص ١٩٦) ، إلا أن عمل التمييز في افتراض حسن النية بين الغلط في الواقع والغلط في القانون ، وقد سبق أن استبعدنا هذا التمييز في حسن النية في التقادم المكسب القصير (آنفاً فقرة ٤٣٤) ، كما استبعدناه في حسن النية في تملك المنقول بالحيازة (آنفاً فقرة ٤٤٥ في آخرها) . على أن الأمر محدود الأهمية من الناحية العملية ، فالذي يقع في العمل أن الحائز نفسه هو الذي يبادر إلى إثبات حسن نيته ، سواء كان الغلط في الواقع أو في القانون ، ليثبت أن الغلط كان مفترقاً ، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر في النهاية ما إذا كان الحائز حسن النية (انظر آنفاً فقرة ٤٣٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٧ ص ١٨٨) .

وإذا تقدم المالك لإثبات سوء نية الحائز ، جاز له أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ، لأن سوء النية واقعة مادية فيجوز إثباتها بالبينّة والقرائن (١) . وقد يلجأ إلى إثبات أن الحائز لم يتخذ الاحتياطات الأولية للتثبت من أن ملكية العين قد انتقلت إليه ، ويتخذ من ذلك قرينة على أن الغلط الذى وقع فيه الحائز كان غلطاً غير مغتفر فيكون في حكم سوء النية (٢) .

٤٦٥ - عرّم استمرّاط السبب الصحيح : رأينا أن التقنين المدنى المصرى (م ١/٩٧٨ مدنى) (٣) لم يشترط وجود السبب الصحيح إلى جانب حسن النية حتى يملك الحائز الثمار ، وأن حسن النية وحده يكفى . وعندما حللنا شرط حسن النية (٤) ، رأينا أن الحائز يستند عادة في حسن نيته إلى اعتقاده بوجود سبب قانونى كسب به ملكية العين التى انتجت الثمار ملكية خالصة من كل شائبة . ولكن ذلك ليس معناه أن هذا السبب القانونى يجب أن يكون تصرفاً ناقلاً للملكية كما هو الأمر في السبب الصحيح في كل من التّقدام المكسب القصير وتملك المنقول بالحيازة ، إذ قد يكون واقعة مادية كالمراث ، أو يكون سبباً يكسب به الحائز الملكية ابتداء كالاستيلاء . كذلك ليس من الضروري أن يكون هذا السبب القانونى شرطاً مستقلاً عن شرط حسن النية ، كما يطلب ذلك في السبب الصحيح في التّقدام المكسب القصير وفي تملك المنقول بالحيازة . بل ليس من الضروري أن يكون هذا السبب القانونى عنصراً من عناصر حسن النية ، كما هو الأمر في السبب الصحيح الذى يشترطه التقنين المدنى الفرنسى في تملك الحائز للثمار .

(١) وهى من مسائل الواقع يستقل بتقديرها قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض متى كان الحكم مبنياً على أسباب سائبة . وقد قضت محكمة النقض بأن إذا كان الحكم قد أسس انقضاء حسن النية لدى واضع اليد (وزارة الأوقاف) على علمها بجميع الوقف جميعاً ، وعلى ما كان منها من الاكتفاء بقول موظف لديها في شأن هذه الحجج ، وعلى وضع يدها على الوقف المتنازع عليه واستغلائها إياه بصفته ناظرة دون أن تستصدر بهذه النظارة حكماً من جهة القضاء ، فلا سبيل للجدل في هذا التقدير لدى محكمة النقض (نقض مدنى ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ علماً جزء أول ص ٥٨٧ رقم ١١) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٤٥ في آخرها .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٦٣ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٤٦٤ .

ذلك بأن المادة ٥٥٠ مدنى فرنسى ، عندما تعرف حسن النية فى تملك الحائز للثمار ، تقول : « يكون الحائز حسن النية ، إذا حاز بنية التملك بموجب سند ناقل للملكية ، وكان يجهل عيوب هذا السند . وينتفى حسن نية الحائز بمجرد أن تصبح هذه العيوب معروفة له » . فيشترط التقنين المدنى الفرنسى إذن وجود السبب الصحيح فى تملك الحائز للثمار ، ويعرفه بأنه سند ناقل للملكية . ولكنه لا يعتبر السبب الصحيح شرطا مستقلا عن شرط حسن النية ، بل يعتبره مندمجا فيه ، وعنصرا جوهريا من تناصره ، وعلى أساسه يقوم المبرر للقول بتوافر شرط حسن النية (١) . وعلى ذلك يجوز أن يكون السبب الصحيح تصرفا باطلا لا وجود له قانونا ، أو تصرفا ظنيا لا وجود له فعلا (٢) . فإذا كان تصرفا ظنيا لم يفترض وجوده ، بل يقع على الحائز عبء إثبات أنه كان عنده من الأسباب المعقولة ما يبرر اعتقاده بوجود هذا التصرف . فيكون هذا استثناء من افتراض حسن النية ، إذ يكون على الحائز إثبات حسن نيته باثبات اعتقاده بوجود التصرف الظنى (٣) .

ومع أن السبب الصحيح الذى يشترطه القانون الفرنسى لتمكن الحائز للثمار قد آل على هذا النحو إلى أن يندمج فى شرط حسن النية فلا يتميز عنه بوجود مستقل ، إلا أنه لا زال شرطا يستند إليه الحائز فى توافر حسن نيته ، بل يجب عليه اثباته إذا كان تصرفا ظنيا كما قلنا . فلا تزال هناك فروق بين القانون المصرى الذى لا يشترط السبب الصحيح أصلا فى تملك الحائز للثمار ، وبين القانون الفرنسى الذى يشترط السبب الصحيح وإن كان قد أدمجه فى شرط

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٣ ص ١٨٥ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ هامش ١١ وهامش ١٥ - بودرى - شوفو فقرة ٣٠١ و فقرة ٣١٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٤ - فقرة ١٧٥ . فإذا وضع شخص يده على عقار بموجب وصية كان الموصى قد رجع عنها ، فهذا السبب الصحيح ظنى ، وهو يكفى لتلك الآثار ، ولكنه لا يكفى لتلك المقار نفسه بالتقدم القصير (نفس مدنى ٢٢ مايو سنة ١٩٣٥ ملحق بمجلة القانون والاقتصاد ٥ رقم ٦٦ ص ٢٤٨ - استئناف مختلط ١٦ يونيو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٧٢ - شفيق شحاته فقرة ٨٥ ص ١١١ - عبد المنعم فرج الصلدة فقرة ٤٧٠) .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨٠ - بودرى وشوفو فقرة ٣١٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٧ ص ١٨٨ - شفيق شحاته فقرة ٨٦ ص ١١٢ - عبد المنعم اليلداوى فقرة ٢٨ ص ٣٧ .

حسن النية . ونذكر بوجه خاص من هذه الفروق فرقين : (١) لا يزال الحائز ، حتى يملك الثمار في القانون الفرنسي ، في حاجة إلى الاستناد إلى تصرف ناقل للملكية (titre translatif de propriété) حتى يوجد عنده السبب الصحيح الذي تشترطه صراحة المادة ٥٥٠ مدني فرنسي كما رأينا . أما في القانون المصري ، فقد رأينا أن الحائز ليس في حاجة إلى أن يستند إلى تصرف ناقل للملكية ، فأى سبب مكسب للملكية يكفي ، ومن ثم يكفي السبب المكسب للملكية ابتداء كالاستيلاء ، كما يكفي التصرف الكاشف عن الملكية كالتقسمة والصلح (١) . (٢) إذا استند الحائز في القانون الفرنسي إلى تصرف قانوني ظني ، وجب عليه إثباته كما قلنا . أما في القانون المصري ، فترى أن الحائز لا يطلب منه إثبات السبب الظني ، فان حسن نيته مفترض ويتناول هذا الافتراض حسن النية حتى لو استند فيه الحائز إلى تصرف ظني (٢) .

٤٦٦- كيف يملك الحائز الثمار : إذا توافرت الحيازة وحسن النية

على الوجه الذي قدمناه ، تملك الحائز الثمار . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٧٨ مدني ، كما رأينا (٣) ، على ما يأتي : « والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها ، أما الثمار المدينة فتعتبر مقبوضة يوماً فيوماً » . وقد قلنا في الجزء الثامن من الوسيط (٤) أن الثمار هي كل ما ينتجه الشيء

(١) ويتفق الفقه الفرنسي اشتراط التقنين المدني الفرنسي أن يكون السند نافلاً للملكية ، وكان ينبغي أن يكون السند الكاشف عن الملكية كالتقسمة والصلح كافياً (مازو فقرة ١٥٧٣) .

(٢) ويعتبر سبباً ظنياً ما يستند إليه الوارث الظاهر حسن النية ، فهو يعتقد أنه وارث وهذا سبب لا وجود له ، ومع ذلك يكسب الثمار لحسن نيته . وكذلك من يتلقى بالمراث الحيازة من مستأجر أو مودع عنده أو غيرها من حيازته عرضية ، إذا اعتقد أن مورثه مالك ، لا يستطيع كسب ملكية العين إلا إذا تغيرت صفة حيازته ، ولكنه يملك الثمار لحسن نيته (محمد علي عرفه فقرة ١٠٥ ص ١٩٨) . ويعتبر سبباً ظنياً كذلك الاستحقاق في وقت بناء على تفسير خاطيء لشرط إنهاء الوقف ، وقد قضى بأنه إذا تسلم شخص بحسن نية جزءاً من ريع وقف على اعتقاد أنه من المستحقين فيه ، ثم صدر بعد ذلك حكم شرعي فسر شروط الوقف بعكس ما كان يعتقد ناظر الوقف والمستحقون فيه ، كان المستحق الذي استبداه الحكم الشرعي المذكور مستولياً على الريع بحسن نية (نقض مدني ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ بمجموعة عمر ١٠٦ رقم ٧٩٣ - استئناف مصر ٣٠ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٩١ ص ٣٩٦) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٦٠ .

(٤) فقرة ٣٦٣ - فقرة ٣٦٤ .

من غلة دورية متجددة ، وتسمى الثمار بأمرين : (١) أنها غلة دورية متجددة ، أى أنها تتجدد عادة فى أوقات متعاقبة منتظمة دون انقطاع . (٢) أنها مع تفرعها عن الشيء لا تمس أصله ولا تنتقص منه ، بل يبقى الأصل على حاله دون نقصان . ويجب التفريق بين الثمار (fruits) والمنتجات (produits) فالمنتجات هى كل ما يخرج من الشيء من ثمرات غير متجددة ، وتتميز بعكس ما تتميز به الثمار : (١) فهى غير دورية ولا متجددة . بل تخرج من الشيء فى أوقات متقطعة غير منتظمة . (٢) وهى تمس أصل الشيء وتنتقص منه ، فالمعادن التى تخرج من المناجم والأحجار التى تخرج من المحاجر والأشجار التى تخرج من الغابات هى فى الأصل منتجات لا ثمار ، لأنها تنتقص من المناجم والمحاجر والغابات ، وتنتهى إلى أن تنفذ بعد وقت يطول أو يقصر . على أنه إذا أعد المنجم أو المحجر أو الغابة للاستغلال بحيث يمكن الحصول منها على إيراد دورى متجدد ، فأعد المنجم لاستخراج ما به من معادن والمحجر لقطع ما فى جوفه من أحجار والغابة لخير ما تحتويه من أشجار ، فإن ما ينتج منها فى هذه المواعيد الدورية يعتبر ثماراً ولو كان من شأنه المساس إلى حد ما بأصل الشيء . أما إذا لم يعد المنجم أو المحجر أو الغابة للاستغلال ، فإن المعادن والأحجار والأشجار تعد منتجات لا ثماراً (١) . وتعتبر أقساط الإيراد المرتب مدى الحياة من المنتجات لا من الثمار لأنها تنتقص من الأصل إلى أن ينفذ بموت صاحب الإيراد وذلك بالرغم من أن الأقساط دورية متجددة ، أما أقساط الإيراد الدائم فهذه ثمار لا منتجات لأنها دورية متجددة ولا تنتقص من الأصل ، شأنها فى ذلك شأن فوائد رؤوس الأموال والأسهم والسندات . ويعتبر نتاج الحيوان من المنتجات لا من الثمار ، لأنه إذا كان لا ينتقص من الأصل إلا أنه غير دورى (٢) .

(١) انظر الوسيط ٨ فقرة ٣٦٤ ص ٥٨٩ هامش ٤ .

(٢) انظر الوسيط ٨ فقرة ٣٦٤ ص ٥٩٠ - وهناك رأى يقب إلى أنه من الثمار الطبيعية لا من المنتجات (الوسيط ٨ فقرة ٣٦٣ ص ٥٨٩ هامش ١ ، وقارن استئناف مصر ١٢ مارس سنة ١٩٥١ الحاماة ٣٤ رقم ٤٩ ص ١٠٣) . والكنز يملكه صاحب الأرض ، فيجب إذن حل الحائز رده كله إلى المالك (انظر فى القانون الفرنسى حيث يملك صاحب الأرض نصف الكنز فيجب رده إليه أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨٧ - ص ٣٨٨) .

وبعد أن فرقنا بين الثمار والمنتجات على هذا النحو ، يجب القول بأن الذي يملكه الحائز بالحيازة هي الثمار لا المنتجات . والثمار على أنواع ثلاثة :

١ - ثمار طبيعية (fruits naturels) ، وهي من عمل الطبيعة لا تدخل للإنسان فيها ، كالكلاء والأعشاب التي تنبت في الأرض دون عمل الإنسان . وهذه يملكها الحائز بفصلها من الأرض وحيازتها ، بشرط أن يكون حسن النية وقت الفصل والحيازة كما سبق القول . ولا يشترط أن يستهلكها أو أن ينقلها من مكانها .

٢ - ثمار صناعية أو مستحدثة (fruits industriels) ، وهي التي ينتجها عمل الإنسان ، كالزروع وفواكه البساتين وخشب الأشجار إذا كانت معدة للقطع على وجه دورى منتظم وعسل النحل وحرير دورة القز . وهذه كالثمار الطبيعية يملكها الحائز بفصلها وحيازتها وهو حسن النية وقت الفصل والحيازة (١) . ولا يشترط هنا أيضا أن يستهلكها ، أو أن ينقلها من مكانها .

٣ - ثمار مدنية (fruits civils) ، وهي الربيع الدورى المتجدد الذي يقبضه مستثمر الشيء من الغير لقاء نقل منفعة الشيء إلى هذا الغير ، وذلك كأجور المساكن والأراضي الزراعية (٢) ، وفوائد الأسهم والسندات ورؤوس الأموال بوجه عام ، وما تدفعه مصلحة المناجم والمهاجر لصاحب الأرض من الإيجار لقاء استغلال المنجم أو المحجر . وهذه الثمار المدنية يملكها الحائز يوما فيوما ولو لم تقبض فعلا ، ما دام الحائز باقيا على حسن نيته . فإذا انقطع حسن النية أو انتهت الحيازة ، لم يملك الحائز منها إلا ما كان مستحقا يوم انقطاع حسن النية أو انتهاء الحيازة ، فإذا عجل له منها ما يجاوز

(١) أما إذا انفصلت لا بفعل الحائز ، بل بفعل الغير أو بقوة قاهرة ، فإن الحائز لا يملكها ، لأن تملك الحائز للثمار يقوم على عمل إرادى صادر منه هو الاستيلاء على الثمار أو حيازتها ، وهذا غير متحقق فيما نحن بصدده (شفيق شعاعه فقرة ٨٤ ص ١٠٩) .

(٢) أما نصيب صاحب الأرض في المزارعة فيعتبر من الثمار الصناعية (الوسيط ٨ فقرة ٣٦٣ ص ٥٨٩ هامش ٢) ، فلا يملكه الحائز إلا بفصله وحيازته وهو حسن النية وقت الفصل والحيازة .

هذا اليوم استبقى ما كان مستحقاً إلى هذا اليوم ورد الباقي إلى المالك (١) .

٤٦٧ - إرساس القانوني لملك الحائز للثمار : يملك الحائز الثمار بمجرد

قبضه لها على النحو الذى قدمناه ، ويكون سبب الملكية هنا هى الحيازة المقرنة بحسن النية ، وهى حيازة تقع على الشيء الأصلى الذى انتج الثمار ثم على الثمار نفسها بقبضتها . فالحيازة هنا أيضاً ، كما فى تملك المنقول بالحيازة (٢) ، هى سبب الملكية . ولكن لا يجوز اعتبار قاعدة تملك الحائز للثمار تطبيقاً لقاعدة تملك المنقول بالحيازة ، فالحائز يملك الثمار لاعتبارات تختلف عن الاعتبارات التى يملك الحائز من أجلها المنقول ، ثم إن كلا من القاعدتين تختلف عن الأخرى فى نطاق تطبيقها ، وفى شروط هذا التطبيق (٣) .

أما أن الاعتبارات تختلف ، فذلك لأن قاعدة تملك المنقول بالحيازة تقوم على أساس استقرار التعامل فى المنقول كما قدمنا (٤) ، أما قاعدة تملك الحائز للثمار فتقوم على اعتبارات أخرى . ذلك أن الحائز للعين وهو يعتقد أنها ملكه يجنى ثمارها ، وهو يعتقد بداهة أنها مملوكة له . وهو يستهلكها فى العادة ، بل هو يرتب حياته على أنها ملكه حتى قبل أن يستهلكها ، دون أن يخطر فى باله أنه مسئول عن ردها لأحد . وما دام هو حسن النية وقت أن يقبض

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التهيدى فى هذا الصدد: « وتعتبر الثمار مكسوبة من وقت قبضها إذا كانت غير مدنية ، فإن كانت مدنية فإنها تكسب يوماً فيوماً ، حتى لو عجلت أو تأخر دفعها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٨) .

أما فى القانون الفرنسى ، فلا يملك الحائز الثمار إلا بقبضها ، تستوى فى ذلك الثمار الطبيعية والثمار الصناعية والثمار المدنية . فلم يقبض من الثمار المدنية لا يملكها الحائز ولو كان مباد استحقاقه قد حل ، على أن الحائز يعتبر قد قبض الثمار المدنية فيملكها إذا كان المدين قد أقر بديونته نحو الحائز مباشرة أو كان الحائز قد نزل عنها لغير بطريق الحوالة (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨٦ - ص ٣٨٧ وهاش ٢٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٩ - مازو فقرة ١٥٧٧) . وإذا تجل الحائز قبض الثمار المدنية قبل استحقاقها . رد ما تجل منها قبل استحقاقه (كولان كابتان ودى لاموراندبير ١ فقرة ١٢٢٥) .

(٢) انظر آتفاً فقرة ٤٥٠ .

(٣) انظر عبد الفتاح عبد الباقي فى رسالته فى دور الحيازة فى المنقول ص ٣٥٠ -

ص ٣٥٧ - شقيق شعانة فقرة ٨٣ - محمد على عرفه ٢ فقرة ١٠٤ ص ١٩٣ هاش ٣ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٧ - حسن كبيرة ص ١١١ - ص ١١٢ .

(٤) انظر آتفاً فقرة ٤٣٥ فى آخرها .

الثمار ، وما دام جهله أنها غير مملوكة له يقوم على غلط مغتفر ، فمن العدل أن يتقدم القانون لحمايته ، ويعتبره مالكا لها فعلا ، فلا يكون مستولا عن ردها . وبين المالك للعين الذى تركها فى أيدي الناس حتى وقعت فى يد حائز حسن النية ومن ثم لا يخلو من اللوم ، وبين الحائز حسن النية الذى لم يرتكب خطأ فى استهلاكه ثمار يعتقد أنها مملوكة له ، الحائز حسن النية الذى لم يرتكب خطأ هو الأول بالرعاية من المالك للعين الذى يمكن أن ينسب إليه شيء من الخطأ . وقد عرف القانون الرومانى قاعدة تملك الحائز للثمار للاعتبارات التى قدمناها ، دون أن يعرف قاعدة تملك المنقول بالحيازة لأنها مبنية على اعتبارات أخرى لم يأخذ بها (١) .

وأما أن نطاق التطبيق يختلف ، فذلك من وجهين : (١) نطاق قاعدة تملك المنقول بالحيازة يتناول المنقول كشيء أصلى (chose principale) ، يملكه الحائز باعتبار أنه هو الأصل لا باعتبار أنه تابع لشيء آخر . أما نطاق قاعدة تملك الحائز للثمار فمقصود على الثمار باعتبارها شيئا تابعا (chose accessoire) فالحائز لا يملك الشيء الأصلى الذى أنتج الثمار ، إنما يملك توابعه وهى الثمار ، ولا يملك من التوابع إلا الثمار فلا يملك المنتجات . لذلك كانت قاعدة تملك المنقول بالحيازة ، وتتناول الشيء الأصلى مما يشتمل عليه من توابع ، أشد فى شروطها ، من بعض الوجوه ، من قاعدة تملك الحائز للثمار وهى القاعدة التى تقتصر على الشيء التابع دون الشيء الأصلى . (٢) نطاق قاعدة تملك المنقول بالحيازة ينحصر فى منقول مسمى بالذات أو حق عيني فى هذا المنقول ، ولا يتناول المجموع من المال ، وقد سبق بيان ذلك (٢) . أما نطاق قاعدة تملك الحائز للثمار ، فيستوى فيها أن يكون الشيء الذى ينتج الثمار شيئا معينا بالذات أو مجموعا من المال ، فالوارث الظاهر إذا ردد إلى الوارث الحقيقى نصيبه فى التركة يملك الثمار التى جناها من هذا النصيب إذا كان حسن النية (٣) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٢ ص ١٨٤ - كولان وكايتان ودى لاموراندير

١ فقرة ١٢٢٧ ص ١٠٠٣ - مازو فقرة ١٥٦٨ - مارك وريبير فقرة ٤٤ ص ٥١ - ص ٥٢

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٤٠ - فقرة ٤٤٢ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٢ ص ١٨٤ - نقض فرنسى ١٠ مايو سنة

١٨٥٩ دالوز ٥٩ - ١ - ٤٢٢ - ١١ يولييه سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٦ - ١ - ٣١٥ .

وأما أن الشروط تختلف ، فيظهر ذلك إذا قارنا شروط تملك المنقول بالحيازة بشروط تملك الحائز للثمار في القانون المصري ، فتجد أن هناك فروقا بين القاعدتين أهمها ما يأتي : (١) في تملك المنقول بالحيازة ، يشترط وجود السبب الصحيح شرطا مستقلا عن شرط حسن النية ، وإن كان يفترض وجوده . أما في تملك الحائز للثمار ، فلا يشترط وجود السبب الصحيح أصلا ، ولو كعنصر من عناصر حسن النية . (٢) في تملك المنقول بالحيازة ، المفروض دائما أن الحائز قد تعامل مع غير المالك . أما في تملك الحائز للثمار ، فقد يتعامل الحائز مع غير المالك أو مع المالك . (٣) في تملك المنقول بالحيازة ، حسن النية معناه أن الحائز يعتقد أنه تعامل مع المالك ، في حين أنه يكون قد تعامل مع غير المالك . أما في تملك الحائز للثمار ، فحسن النية معناه أن يجهل الحائز عيوب سنده ولو تعامل مع المالك ، فيعتقد أن ملكية العين قد خلصت له دون شائبة . (٤) في تملك المنقول بالحيازة ، يكفي أن يتوافر حسن النية وقت بدء الحيازة ، فيُتَمَلِك الحائز المنقول في الحال ، وينتقل المنقول إلى وارثه حتى لو كان هذا سبيء النية . أما في تملك الحائز للثمار ، فيجب أن يتوافر حسن النية وقت القبض في كل مرة يقبض فيها الحائز الثمار ، ولا يكفي أن يكون حسن النية في الثمار التي يقبضها أولا إذا انقطع حسن نيته فيما يقبض بعد ذلك من ثمار ، بحيث أن المورث لو كان حسن النية وتملك الثمار بالقبض فان الوارث لا يملكها إذا كان سبيء النية (١) .

§ ٢ - عدم تملك الحائز للثمار ووجوب ردها للمالك

٤٦٨ - متى لا يملك الحائز الثمار : قدمنا أن الحائز لا يملك الثمار إلا إذا كان حسن النية وقت قبضها ، وعلى ذلك لا يملكها في الأحوال الآتية : (١) إذا كان سبيء النية منذ البداية . (٢) إذا كان حسن النية في أول الأمر ، ثم أصبح سبيء النية بعد ذلك . (٣) منذ أن يرفع عليه المالك الدعوى بالاسترداد حتى لو ظل حسن النية بعد رفع الدعوى .

(١) انظر في هذه الفروق في القانون الفرنسي بودوى وتبييه فقرة ٨٧٨ - كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٢٢٧ .

٤٦٩- الحائز الأولي- الحائز سىء النية من البراية : إذا كان الحائز ،

وهو يضع يده على العين التى تنتج الثمار ، سىء النية منذ البداية ، كأن ورثها وهو يعلم أنها غير مملوكة لمورثه ، أو أخذها بوصية يعلم أن الموصى قد عدل عنها (١) ، أو اغتصبها ، أو اشتراها من غير مالك وهو يعلم أن البائع لا يملكها ، أو اشتراها من مالك بعقد مشوب بعيب وهو يعلم هذا العيب ، فإنه لا يتملك الثمار بالحيازة ما دام أنه سىء النية . فإذا رفع المالك دعوى على الحائز سىء النية يسترد بها العين ، فإنه يستردها ويسترد معها جميع الثمار التى قبضها الحائز أو التى قصر فى قبضها على ما سئرى (٢) .

ولا يمنع على المالك أن يسترد من الحائز سىء النية ثمار العين إلا فى أحد الفروض الآتية : (١) إذا تملك الحائز سىء النية العين بالتقادم الطويل ، فإنه يكسب تبعاً للملكية العين ملكية ثمارها ، حتى الثمار التى لم ينض على قبضها مدة خمس عشرة سنة ، وذلك بفضل الأثر الرجعى للتملك بالتقادم (٣) . (٢) إذا تملك الحائز سىء النية الثمار بالتقادم الطويل ، استقلالاً عن أصل العين . فقد لا يتملك الحائز العين نفسها لسبب أو لآخر ، كان يتخلى عن حيازتها أو تترع منه قبل أن تكتمل مدة التقادم ، ومع ذلك يكون قد قبض ثمارها وبقى حائزاً للثمار مدة خمس عشرة سنة . فيتملكها بالتقادم الطويل استقلالاً عن العين ، ويمتنع على المالك استردادها . (٣) إذا سقطت دعوى استرداد الثمار بالتقادم المسقط ، فقد غضى على استحقاق الثمار فى ذمة الحائز مدة خمس عشرة سنة دون أن يتملكها بالتقادم المكسب ، فتسقط دعوى استردادها بالتقادم المسقط .

(١) أو أخفاها بوصية باطلة وهو يعلم بطلانها (استئناف مصر ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المأماة ٩ رقم ٣١٥ ص ٥٢٠) .

(٢) أنظر ما يلى فقرة ٤٧٢ .

(٣) وقد قلنا (آنفاً فقرة ٤١٥) أن الحائز الذى يملك العين بالتقادم لا يرد ثمارها لملك ، حتى لو لم يكن قد تملكها استقلالاً بالقبض أو بالتقادم . فإذا قبض الحائز سىء النية الثمار ، فإنه لا يتملكها بالقبض لسوء نيته ، ولا يتملكها بالتقادم استقلالاً إذا لم ينض على قبضه إلاها خمس عشرة سنة . ولكن إذا تملك العين ذاتها بالتقادم فإنه لا يرد الثمار لملك ، فقد اعتبر مالكاً للعين وقت سريان التقادم ، فتكون العين على ملكه وقت أن أنتجت الثمار ، ومن ثم يملك الثمار باعتباره مالكاً لأصل العين التى أنتجتها .

وتنص المادة ٢/٣٧٥ مدني في هذا الصدد على ما يأتي : « ولا يستط الرجع المستحق في ذمة الحائز سىء النية . . إلا بانقضاء خمس عشرة سنة » (١) .

٤٧٠ - الحار- الثانية - الحار حسن النية في أول الأمر ثم أصبح سىء

النية بعد ذلك : رأينا (٢) أن المادة ٩٧٩ مدني تنص على أن يكون الحائز سىء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سىء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها ... « . فقد يبدأ الحائز حيازته للعين وهو حسن النية ، ثم يعلم بعد مدة ما أن العين لم تحصل له ملكيتها ، فينقلب إلى حائز سىء النية . وقد يبقى على حسن نيته إلى أن يموت ، ويرث العين وارث يعلم أنها غير مملوكة لمورثه فيكون الوارث سىء النية . ولما كان حسن النية في تملك الحائز للثمار مطلوباً لتوافره وقت قبض الحائز للثمار وفي كل مرة يقبض فيها هذه الثمار (٣) ، فإنه متى أصبح سىء النية على الوجه الذي قدمناه لا يستطيع أن يملك الثمار بالحيازة من وقت أن يصبح سىء النية (٤) . والمفروض أن الحائز حسن النية وأنه يبقى مستمراً في حسن نيته ، وعلى المالك أن يثبت أن الحائز قد أصبح سىء النية في وقت معين ، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق لأن سوء النية واقعة مادية . وإذا أثبت المالك أن الحائز قد أصبح سىء النية في وقت معين ، فإن الثمار التي يكون قد قبضها وهو حسن النية يملكها بالحيازة ولا يرددها إلى المالك . أما الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها من الوقت الذي أصبح فيه سىء النية ، فإنه لا يملكها بالحيازة ويجب عليه ردها للمالك . وتسرى ، منذ الوقت الذي أصبح فيه الحائز سىء النية ، الأحكام التي قدمناها في الحالة الأولى عندما يكون الحائز سىء النية منذ البداية . فيسترد المالك العين مع جميع الثمار التي قبضها الحائز أو قصر في قبضها منذ أن أصبح سىء النية ، ولا يتمتع على المالك أن يسترد هذه الثمار إلا في أحد الفروض الثلاثة التي سبق بيانها في الحالة الأولى (٥) .

(١) انظر في ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٠٣ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٦٠ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٦٤ .

(٤) بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ١٨٠ .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٤٦٩ .

٤٧١ - الحالة الثالثة - الحائز بان على مسمى نية ، ولكن المالك رفع عليه

الدعوى : وليست هذه الحالة الثالثة مصرحاً بها في المادة ٩٧٩ مدني (١) ، ولكن يجب أن تستكمل هذه المادة بنصين آخرين وردت فيهما هذه الحالة بالذات . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٦٦ مدني على ما يأتي : « ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى ، ويعد مسمى النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره » . وتنص المادة ١٨٥ مدني على أنه « ١ - إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية ، فلا يلتزم إلا برد ما تسلم . ٢ - أما إذا كان مسمى النية ، فانه يلتزم أن يرد أيضاً الفوائد والأرباح التي جناها ، أو التي قصر في جنبها ، من الشيء الذي تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه مسمى النية . ٣ - وعلى أى حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والفوائد من يوم رفع الدعوى » .

والدعوى التي يرفعها المالك على الحائز حسن النية ، فيجعله برفعها مسمى النية ، تتنوع بحسب الأحوال . ويغلب أن تكون دعوى استحقاق يطالب فيها المالك الحائز بالعين وثمارها ، ويصح أن تكون دعوى استرداد غير المستحق (م ١٨٥ مدني السابق ذكرها) ، كما يصح أن تكون دعوى استرداد الثمار مستقلة عن العين نفسها ، وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلي (٢) . وأياً كانت هذه الدعوى ، فان رفعها على الحائز حسن النية يجعله في حكم الحائز مسمى النية من وقت رفع الدعوى . ومعنى ذلك أنه لا يملك الثمار من ذلك الوقت ، ويجب عليه ردها للمالك فيما لو كسب هذا الأخير الدعوى . وكذلك يكون الحكم حتى لو لم ترفع دعوى على الحائز حسن النية ولكن الحائز يكون قد اغتصب الحيازة بالإكراه ، فيعامل معاملة الحائز مسمى النية ، ولا يملك الثمار بالحيازة ويجب عليه ردها للمالك فيما لو تبين أنه هو غير مالك للعين .

والمفروض هنا أن الحائز حسن النية ، عندما رفعت عليه الدعوى أو عندما اغتصب الحيازة بالإكراه ، بقي على حسن نيته يعتقد أنه مملك العين بالرغم من رفع الدعوى عليه أو بالرغم من أنه اغتصب الحيازة بالإكراه ، وبالرغم من

(١) انظر آتفاً فقرة ٤٦٠ .

(٢) انظر فقرة ٤٧٣ .

بقائه على حسن نيته فإنه يعامل معاملة الخائر متى التية فلا يملك الثمار . ولو أنه تبين من رفع الدعوى عليه أنه لا يملك العين ، لاخططت هذه الحالة الثالثة بالحالة الثانية ، ولكان الخائر بعد حسن نيته قد أصبح متى التية ، ولما كان هناك محل تمييز هذه الحالة الثالثة عن الحالة الثانية . أو لو أن الخائر عندما اغتصب الحيازة بالإكراه كان يعلم أنه غير مالك للعين فاغتصب حيازتها ، لاخططت هذه الحالة الثالثة بالحالة الأولى ، ولكان الخائر متى التية منذ البداية ، ولما كان هناك محل تمييز هذه الحالة الثالثة عن الحالة الأولى .

فالمفروض إذن كما قلنا أن الخائر بقي على حسن نيته بالرغم من رفع الدعوى عليه ، أو كان حسن التية عندما اغتصب الحيازة بالإكراه يعتقد أن العين مملوكة له وأراد أن ينتصف لنفسه بنفسه . فإذا كان اعتقاده بأنه هو المالك للعين صحيحا ، كسب دعواه ، واستبقى العين وثمارها . ولم يعد هناك محل لإثارة احتباره متى التية لأنه من تملك الثمار ، فقد تبين أنه يملك الثمار لا بالحيازة بل لأنه يملك العين نفسها التي أنتجت هذه الثمار . أما إذا كان اعتقاده بأنه هو المالك غير صحيح ، فإنه يجب عليه أن يرد العين للمالك ، وأن يرد له الثمار من وقت رفع الدعوى ، على أساس أن الحكم يستند إلى وقت رفع الدعوى . فالحكم عليه يرد العين يستند إلى هذا الوقت ، ولهذا يرد الثمار من وقت رفع الدعوى بالرغم من أنه بقي حسن التية بعد رفعها (١) . ويرد للمالك الثمار من

(١) لو برى ردو ٢ فقرة ٢:٦ ص ٢٨٤ حاشي ٢٤ - بلانول وريير ويكار ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٩٠ - ويرد الخائر الثمار من وقت رفع الدعوى عليه في أول درجة ، حتى لو كسب الدعوى ابتدائياً واستثنائياً ولكن نقض الحكم بعد ذلك أو قبل فيه التماس إعادة النظر (لو برى ردو ٢ فقرة ٢:٦ ص ٢٨٤) .

وقد نقضت محكمة النقض بأن الخائر بعد متى التية من الوقت الذي علم فيه بعيوب سند حيازته . وهو يعتبر كذلك من تاريخ رفع الدعوى عليه في خصوص استحقاق الثمار ، لأن الحكم الذي يصدر فيها يستند إلى تاريخ رفعها (نقض مدني ٣ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ حاشاً جزء أول ص ٨٧ أرقام ١٢ و ١٣ و ١٤-٦ فبراير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٣٦ ص ٢٠٩ - استئناف وطني ٢٢ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٣ ص ٧٠ - ٩ مايو سنة ١٩٢٢ المصممة ٣ رقم ١١ ص ٢٧) . ونقض بأن من ينصرف له المفسر في مال الفضله يصبح متى التية ويجب عليه رد الثمار من الوقت الذي يطلب فيه المالك يرد المال إلى الفضله (استئناف مخطوط ٣ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٨٧) .

وقت اغتصاب الحيازة بالإكراه ، لأنه ما كان ينبغي أن ينتصف لنفسه بنفسه بل كان عليه أن يلجأ إلى الوسائل القانونية لاسترداد ما يعتقد أنه ملكه ، والآء وقد تبين أنه غير مالك للعين لم يجز أن يملك الثمار بحيازة كان بالإكراه منشأها ولو كانت مقترنة بحسن النية . وقد سبق أن بسطنا القول في ذلك ، فنحيل هنا إلى ما قلناه هناك (١) .

٤٧٢- الثمار التي يجب ردها للمالك : وتنص المادة ٩٧٨ مدني ، كما رأينا (٢) ، على أن يكون الحائز سيء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سيء

(١) انظر آتفاً فقرة ٢٩٤ - وانظر الوسيط ١ فقرة ٨٣٦ - وقد كانت بعض الأحكام في عهد التقنين المدني السابق تقضي بملك الحائز للبارحق بعد رفع الدعوى ، ما دام يبقياً على حسن نيته (استئناف مصر ١٢ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٥٣ ص ٩١٥) ومنها ما اعتبر الحائز سيء النية من وقت الإنذار وقبل إعلان صحيفة الدعوى (استئناف مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ ص ٧٨٤) . ولكن أغلب الأحكام اعتبرت الحائز سيء النية من وقت رفع الدعوى (استئناف وطني ٢١ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٧٠ ص ١٣٠ - ٢٧ أكتوبر سنة ١٩١٤ للشرائع ٢ رقم ٧٩ ص ٨٣ - استئناف مصر ٢٨ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٧٧ ص ٧٨٤ - ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ ص ٧٩ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٥٥ ص ٥١٨ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٤١ ص ١٣٠ - ١٢ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٨٠ ص ٢١٥ - استئناف مخطط ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ١٣ - ٢٦ أبريل سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٠٢ - ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣١٥ - ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ١ ص ٣٤٩ - ٢٤ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٧١ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٨٢ - ٢ يونيو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٧٤ - ١٦ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٧٢ - ٨ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٠٥ - ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٣٥ - أول مارس سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ٢٧٨ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٣ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٨٠ - وانظر شفيق شحاتة فقرة ٨٨ - محمد علي عرفه ٢ فقرة ١٠٧ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٢٨ ص ٢٨) .

وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كانت دعوى الملكية من شأنها أن تنبئ واضح اليد إلى أن الغيب الذي يلحق وضع يده ليس مقصوداً على الجزء المرفوعة به الدعوى ، بل إن الغيب شامل لجميع العين الذي وضع يده عليها ، كما إذا قضت الدعوى عليه من أحد الورثة مطالباً بالجزء الذي يضمنه ، فلا يمكن تخصيص الغيب بذلك الجزء . في حين أن الحق واحد ودليل الملكية هو هو بالنسبة إلى باقي الأجزاء التي تخص بقية الورثة ، وعلم واضح اليد بالغيب الذي يلحق وضع يده من شأنه أن يزيل حسن نيته ، ويحمله مسئولاً عن ثمره العين من تاريخ هذا العلم (استئناف مصر ٢٥ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ١١٩ ص ٢٢٨) .

(٢) انظر آتفاً فقرة ٤٦٠ .

النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها ، غير أنه . يجوز أن يسترد ما أنفق في إنتاج هذه الثمار . ويخلص من هذا النص أنه في الأحوال التي يجب فيها على الحائز رد الثمار إلى المالك ، يلزم الحائز برد الثمار التي قبضها والتي قصر في قبضها . ومن جهة أخرى يجوز له أن يسترد من المالك ما أنفق في إنتاج هذه الثمار . فالحائز يلتزم بأن يرد للمالك الثمار التي قبضها وهذه يردها عينا إذا كانت لا تزال موجودة في يده ، أو يرد قيمتها وقت قبضها إذا كان قد استهلكها . ويجوز أيضا أن يلزم بدفع فوائد قيمة الثمار بالسعر القانوني من وقت قبضها إلى وقت رد القيمة إلى المالك ، وذلك على سبيل التعويض (١) . ويلتزم الحائز فوق ذلك بأن يرد إلى المالك قيمة الثمار التي قصر في قبضها ، أي الثمار التي كان يجنيها المالك لو أن العين كانت في حيازته ، ويقدر قاضي الموضوع قيمة هذه الثمار . وكذلك يلتزم بدفع فوائد هذه القيمة على الوجه الذي سبق ذكره . وعلى ذلك يلتزم الحائز بأن يرد للمالك قيمة الثمار التي جناها من تلقى الحيازة من الحائز ، سواء كان هذا قد جناها بسوء نية أو بحسن نية (٢) .

وإذا كان الحائز سيء النية يلتزم بأن يرد للمالك الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها على الوجه السالف الذكر ، فإن المالك من جهة أخرى يلتزم بأن يرد للحائز المصروفات التي أنفقها هذا في إنتاج هذه الثمار (٣) ، ويشمل ذلك أجر العمل وقيمة البذر ونفقات الأعمال التي قام بها الحائز للحصول على هذه الثمار . كذلك يرد المالك للحائز مصروفات الصيانة ، والتكاليف التي تتحمل الثمار من ضرائب ورعوم وغيرها . فالحائز إذن لا يرد للمالك إلا القيمة الصافية للثمار بعد استئصال المصروفات والتكاليف ، وإلا أثرى المالك على حساب الحائز (٤) .

(١) بلايول وبيير ويكار ٣ فقرة ٣٦٤ - شفيق شحاته فقرة ٨٢ ص ١٠٥ هامش ١ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٣٢٧ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٣ .

(٣) ونقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في هذا الصدد : « وإذا أصبح الحائز سيء نية ، وجب عليه رد الثمار بعد استرداد نفقات إنتاجها ، من وقت أن أصبح سيء النية . وقد تقدم أنه يصبح سيء النية حتما من وقت رفع الدعوى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٨) .

(٤) بودرى وشوفو فقرة ٣٢٧ ص ٢٢٢ - بلايول وبيير ويكار ٣ فقرة ٣٦٤ .

٤٧٣ - كيف يسترد المالك الثمار من الحائز سىء النية : والمالك يسترد الثمار من الحائز سىء النية إما مع العين التى انتجت هذه الثمار وهذا هو الغالب ، أو مستقلة عن هذه العين .

فيسترد الثمار مع العين بأن يرفع فى العادة دعوى استحقاق يطالب الحائز فيها بالعين مع ثمارها . ودعوى الاستحقاق هذه لا تسقط بالتقادم ، فللمالك أن يرفعها على الحائز فى أى وقت ليسترد بها العين والثمار ، ولو بعد انقضاء خمس عشرة من خروج العين من حيازة المالك . وذلك ما لم يكن الحائز قد تملك العين بالتقادم الطويل ، فعند ذلك لا يستطيع المالك أن يسترد العين ولا ثمارها (١) . وقد يكون المالك سلم العين للحائز معتقدا أنها ملك هذا الأخير ، ويتبين بعد ذلك أن العين غير مملوكة للحائز . فيجوز فى هذا الفرض أن يسترد المالك العين من الحائز بدعوى شخصية هى دعوى استرداد غير المستحق . فإذا كان الحائز قد تسلم العين وهو حسن النية معتقدا أنه يملكها ، لم يلتزم أن يرد للمالك الا العين وحدها دون الثمار ، لأنه يكون قد تملك الثمار بالحيازة إذ هو حسن النية (م ١٨٥/١ مدنى) . أما إذا كان الحائز سىء النية . فانه يلتزم أن يرد للمالك العين والثمار ، لأنه لم يملك الثمار إذ هو سىء النية (م ١٨٥/٢ مدنى) . ويلتزم الحائز على كل حال ، ولو كان حسن النية ، برد الثمار من يوم أن يرفع عليه المالك دعوى استرداد غير المستحق (م ١٨٥/٣ مدنى) ، وقد سبق ذكر ذلك (٢) . وتسقط بالتقادم الدعوى الشخصية باسترداد غير المستحق ، من عين وثمار ، بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه المالك بحقه فى الاسترداد ، وتسقط الدعوى فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم أن يسلم المالك العين للحائز (م ١٨٧ مدنى) .

ويسترد المالك من الحائز سىء النية الثمار مستقلة عن العين ، إذا خرجت العين من حيازة الحائز وبقيت الثمار فى يده . فعند ذلك يستطيع المالك أن يسترد هذه الثمار عينا من الحائز بدعوى استحقاق لأنه هو المالك للثمار ،

(١) انظر آتفاًقرة ٤٦٩ .

(٢) انظر آتفاًقرة ٤٧١ .

ولا يسقط دعوى الاستحقاق هذه بالتقادم . ولكن يجوز للحائز أن يملك الثمار بالتقادم المكسب الطويل إذا بقي حائزاً لها مدة خمس عشرة سنة، وعند ذلك لا يستطيع المالك أن يسردها . وإذا كان الحائز قد استهلك الثمار ، أو كانت الثمار تتمثل في مبلغ من النقود هو ريع العين ، فإنها تصبح ديناً في ذمة الحائز للمالك . فيجوز للمالك أن يطالب الحائز بهذا الدين ، مع العين إذا كانت باقية في يد الحائز أو بدلونها إذا خرجت من يده . ولا تعتبر الثمار إذا أصبحت ديناً في ذمة الحائز حقاً دورياً متجدداً كالأجرة يسقط بخمس سنوات ، بل لا يسقط هذا الدين إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت استحقاقه بالتقادم المسقط . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٥ مدني صراحة على ذلك ، إذ تقول : « ولا يسقط الربع المستحق في ذمة الحائز سوى النية ... إلا بانقضاء خمس عشرة سنة » (١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التزام الحائز برد الثمرات ليس من الحقوق الدورية المتجددة التي تسقط بالتقادم الخمسي ، ومن ثم فلا تقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة طبقاً للمادة ٣٧٥ مدني التي قننت ما كان مقرراً في ظل القانون المدني الملغى . فلذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر القاعدة سبغة لنية في وضع يدها حل جزء من الأملاك العامة بغير ترخيص ومستوفى بالتالي من رد الثمرات ، وأن التزامها في هذا الصدد لا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة ، فلا يكون قد أعطى في تطبيق القانون (نقض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٩٢ مجموعة أحكام النقض رقم ١٠٥ ص ٧٠٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا قضى الحكم المطعون فيه قبل الوزارة الطعنة ببيع الأرض التي استولت عليها دون اتباع الإجراءات التي يوجبها قانون نزاع الملكية، فإن الوزارة في هذه الحالة تعتبر في حكم الحائز سوى النية ، ولا يسقط الربع المستحق في ذمتها إلا بانقضاء خمس عشرة سنة طبقاً لما تنص عليه المادة ٣٧٥ / ٢ من القانون المدني القائم التي قننتها كان مستقراً عليه وجري به قضاء هذه المحكمة في ظل التقنين الملغى ، وذلك على أساس أن التزام الحائز سوى النية برد الثمرات لا يعتبر من قبيل الديون الدورية المتجددة التي تقادم بخمس سنوات (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢٨١ ص ١٩٤٣) . وانظر أيضاً نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٦ ص ٢٨٥ - استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٣ ص ٧٥٩ .

وانظر بودري وشوفو فقرة ٣٢٨ - بلانيول وريبير ويككار ٣ فقرة ٣٦٤ ص ٣٦٢ - محمد حل حرة ٢ فقرة ١٠٣ ص ١٩٢ - عبد المنعم البدرولي فقرة ٢٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٧٣ - منصور مصطفي منصور فقرة ١٨٩ ص ٤٥٤ .

القسم الثاني

الحقوق العينية الاصلية المتفرعة عن الملكية

(حق الانتفاع وما يلحق به - حق الارتفاق)

تمهيد

٤٧٤ - مصر الحقوق العينية الأصلية المنفردة عن الملكية : قدمنا في

الجزء الثامن من الوسيط ^(١) أن حق الملكية يتفرع عنه حقوق عينية أصلية خمسة ، ذكرها التقنين المدني . وهي حق الانتفاع ، وحق الاستعمال ، وحق السكنى ، وحق الارتفاق ، وحق الحكر .

ويضاف إلى هذه الحقوق العينية الخمسة المذكورة في التقنين المدني حقوق ثلاثة أخرى . وهي حق المستحق في الوقف فهو حق عيني غير الحق الشخصي الذي له في تقاضي الغلة من الناظر ، والحق الذي يرد على الأشياء غير المادية كحق المؤلف وحق المخترع ، وحق استغلال المناجم والمهاجر ^(٢) .

٤٧٥ - الباقى للبحث من هذه الحقوق : وقد سبق بحث حق الحكر

عند بحث عقد الإيجار ، في الجزء السادس من الوسيط . وكذلك سبق بحث حق المؤلف وحق المخترع ، وبحث حق استغلال المناجم والمهاجر ، في الجزء الثامن من الوسيط . أما حق المستحق في الوقف فهو من مباحث الشريعة الإسلامية ، وقد أُلغى على كل حال فيما عدا الوقف الخيري .

فلم يبق للبحث إذن ، من الحقوق العينية الأصلية المنفردة عن الملكية ، غير حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى ، وغير حق الارتفاق .

ولما كان حق الاستعمال وحق السكنى نوعين خاصين من حق الانتفاع ، لذلك نبحت حق الانتفاع ومعه حق الاستعمال وحق السكنى في الباب الأول من هذا القسم . ونبحث في الباب الثاني حق الارتفاق .

(١) فقرة ١٢٥ ص ٢٢٢ .

(٢) انظر الوسيط ٨ فقرة ١٢٥ ص ٢٢٢ هامش ٢ .

الباب الأول

حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى

الفصل الأول

حق الانتفاع

(Usufruit)

تمهيد

٤٧٦ - التعريف بحق الانتفاع : لم يورد التقنين المدني الجديد تعريفا لحق الانتفاع ، جريا على عادته في الإقلال من التعريفات بقدر المستطاع . ولكن التقنين المدني السابق عرف هذا الحق في المادة ٤٩/١٣ منه بأنه « هو حق للمتفع في استعمال ملك غيره واستغلاله » . وعيب هذا التعريف أنه أوسع مما يجب ، فهو يشمل أى حق للشخص في الانتفاع بملك غيره واستغلاله ، فيدخل حق المتفع كما يدخل حق المستأجر وحق المبتكر . والانتفاع بملك الغير يكون إما بموجب حق شخصي كما هو الأمر في حق المستأجر ، أو بموجب حق عيني كما هو الأمر في حق المتفع وحق المبتكر . فكان الواجب أن يميز حق الانتفاع في التعريف بأنه حق عيني ، حتى يفارق بذلك حق المستأجر . ثم إن حق الانتفاع ينتهي حتما بموت المتفع ، على خلاف حق المبتكر فإنه قد يبقى بعد موت المبتكر فينتقل إلى ورثته وقد يدوم ستين سنة . فكان الواجب أيضا أن يذكر في تعريف حق الانتفاع هذا المميز الجوهرى ، وهو أنه ينتهي حتما بموت المتفع (١) .

- (١) ويرف قانون الملكية المقاربية اللبناني (م ٣٢) حق الانتفاع على الوجه الآت :
« الانتفاع هو حق عيني باستعمال شيء يخص الغير ويأتبع به ، ويسقط هذا الحق حتما بموت المتفع - ولا يجوز إنشاء حق انتفاع لصالح أشخاص منوفين » . ويعرفه التقنين المدني السوري (م ٩٣٦) بما يأتي : « ١ - الانتفاع هو حق عيني باستعمال شيء يخص الغير واستغلاله .
٢ - ويسقط هذا الحق حتما بموت المتفع . ٣ - لا يجوز إنشاء حق الانتفاع لصالح شخص اجبارى » .

ويعرف الفقه الفرنسي عادة حق الانتفاع تعريفاً أقرب إلى الدقة ، على النحو الآتي : حق الانتفاع هو الحق العيني في الانتفاع بشيء مملوك للغير ، بشرط الاحتفاظ بذات الشيء لرده إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع ، الذي يجب أن ينتهي حتماً بموت المنتفع^(١) . ويشار في صدد هذا التعريف إلى أنه يميز حق المنتفع عن حق المستأجر بعينية حق المنتفع ، ويميز حق المنتفع عن حق المحتكر بانتهاء حق المنتفع حتماً بموته . ويرجع إلى ظروف المعاملة ونية المتعاقدين لمعرفة ما إذا كان الحق حق انتفاع ، أو كان حقاً عينياً آخر ، أو حقاً شخصياً في الانتفاع بملك الغير^(٢) .

٤٧٧- **مخصائص حق الانتفاع** : ويتبين من التعريف سالف الذكر أن حق الانتفاع حق عيني ، وأنه ينتهي حتماً بموت المنتفع ، وأنه يقع على شيء غير قابل للاستهلاك .

١ - فحق الانتفاع حق عيني : وبهذا يتميز عن حق المستأجر كما قدمنا ، فالمستأجر دائن للمؤجر بالانتفاع بالعين المؤجرة ، ويلزم هذا الأخير بتمكينه من ذلك فيتوسط المؤجر بين المستأجر والعين المؤجرة ، أما المنتفع فله حق عيني يقع مباشرة على الشيء المنتفع به ولا يتوسط بينهما مالك الشيء . ويترتب على ذلك أن المالك ليس ملتزماً قبل المنتفع بتمكينه من الانتفاع كما يلتزم المؤجر نحو المستأجر ، بل كل ما على المالك هو ألا يتعرض للمنتفع في مباشرة حقه ولا يلتزم نحوه بشيء . فإذا احتاجت العين إلى إصلاح لم يلتزم المالك أن يقوم به كما يلتزم المؤجر ، وسيأتي بيان ذلك . وإذا كان محل حق الانتفاع عتاراً ، فإن حق الانتفاع يعتبر مالا عقارياً يجوز رهنه رهناً رسمياً ، بخلاف ما إذا كانت العين المؤجرة عقاراً فإن حق المستأجر وهو حق شخصي لا يعتبر مالا عقارياً بل مالا منقولاً لا يجوز رهنه رهناً رسمياً . وإذا نزل المنتفع عن حق الانتفاع للغير فإنه ينزل عن حق عيني لا يقتضي تدخل المالك كما يقتضي تدخله النزول عن حق المستأجر ، إذ يعتبر نزول المستأجر عن حقه الشخصي للغير حوالة حق فتقتضي إعلان المؤجر بها . فإذا ما كانت العين

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٧ . وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ٢٢٦ ص ٦٣١ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٧ .

عقارا ، فإن نزول المستأجر عن حقه الشخصي للغير يبقى حوالة فلا يجب التسجيل . أما نزول المنتفع عن حق انتفاعه بالعقار للغير فانه يعتبر انتقالا لحق عيني ، فيقتضى التسجيل سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين (١) . وإذا كان حق الانتفاع حقا عينيا ، فانه حق عيني يتميز عن حق الملكية ، بل هو يتولى حق الملكية وينتقصر منها . وقد قدمنا أن حق الملكية يشتمل على عناصر ثلاثة ، حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف . فحق الانتفاع ، ويشتمل على حق الاستعمال وحق الاستغلال (٢) ، مجرد حق الملكية من هذين العنصرين ولا يبقى لها إلا العنصر الثالث وهو حق التصرف ، ومن ثم تصبح الملكية المثقلة بحق الانتفاع ملكية غير كاملة وتسمى بملكية الرقة (nue-propriété) . ويتجمع في المال الواحد حقان عنيان ، حق الرقة للمالك ويسمى مالك الرقة وحق الانتفاع للمنتفع (٣) . ومالك الرقة والمنتفع ليسا شريكين على الشيوع في المال ، فالشيوع لا يكون إلا في حقوق من طبيعة واحدة تتراحم على الشيء الواحد . أما طبيعة حق الرقة فتختلف عن طبيعة حق الانتفاع (٤) ، وعلى ذلك لا يجوز لمالك الرقة ولا للمنتفع أن يطلب قسمة المال كما يجوز ذلك للمالك في الشيوع ، ويبقى كل منهما محتفظا بحقه متميزا عن حق الآخر دون تراحم بينهما . ولكن يصح أن تكون الرقة نفسها

(١) والمنتفع في الدفاع عن حيازته لحقه العيني جميع دعاوى الحيازة طبقاً للقواعد العامة ، لذلك لم يرد نص خاص في ذلك ، أما المستأجر فله أيضاً في الدفاع عن حيازته لحقه الشخصي جميع دعاوى الحيازة ولكن بموجب نص خاص (م ٥٧٥ مدني) كان لازماً أن الحيازة إلى الحقوق الشخصية تأثراً بالنظرية المادية للحيازة (انظر آنفاً فقرة ٢٦٧) .

(٢) ومن هذين العنصرين (usus, fructus) تكون اسم حق الانتفاع (usufruit) .
(٣) ولا بد أن يكون المنتفع شخصاً آخر غير مالك الرقة ، فيترتب حق الانتفاع لشخص على مال مملوك لشخص آخر . ولا يقال لمن يملك المال ملكية كاملة إنه يملك كلا من الرقة وحق الانتفاع ، بل إن انتفاعه بالمال لا يعتبر مباشرة لحق انتفاع وإنما هو مباشرة لحق الملكية الكاملة ، وعلى ذلك لا يجوز لمن يملك المال ملكية كاملة أن يرهن حق الانتفاع مستقلاً عن الرقة ، ولا أن يرهن الرقة مستقلة عن حق الانتفاع (اسماعيل عامر ص ٤) . والذي يجوز هو أن ينشئ المالك حق انتفاع على ماله فلا يبقى له إلا الرقة ، أو أن يتصرف في الرقة لنفيره ويستبقى لنفسه حق الانتفاع .

(٤) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٦١ ص ٧٥٧ .

أو حق الانتفاع نفسه مملوكا على الشيوع لعدة أشخاص ، فيجوز عندئذ
لشريك على الشيوع في الرقبة أو في حق الانتفاع أن يطلب القسمة (١) .

٢ - وحق الانتفاع ينتهي حتما بموت المنتفع : فلا يبقى حق الانتفاع بعد
موت المنتفع ، بل يرجع إلى مالك الرقبة فتعود لهذا ملكية العين كاملة . وهذا
بخلاف حق المستأجر ، فهو في الأصل لا ينتهي بموت المستأجر ، وإذا انتهى
فإنما يكون ذلك في حالات استثنائية (م ٦٠١ / ٢ و م ٦٠٢ مدني) . وهذا
لا يعني أن حق الانتفاع يجب أن يلبس طوال حياة المنتفع ، فقد يحدد له أجل
قصير أو طويل ، ومتى انتهى الأجل المحدد انتهى حق الانتفاع ولو قبل موت
المنتفع . ولكن إذا مات المنتفع قبل انقضاء الأجل ، فإن حق الانتفاع ينتهي

(١) أنظر في ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦١ ص ٧٥٧ - ص ٧٥٨ -
وقد يوصى شخص لآخر بحق الانتفاع في جزء شائع من تركته ، فيكون للورثة حق الملكية
الكاملة *pleine propriété* فيما يجاوز هذا الجزء الشائع وحق الرقبة في الجزء الشائع ، ويكون
للموصى له حق الانتفاع في الجزء الشائع . فهناك إذن شيوع بين الورثة والموصى له فيما يتعلق بحق
الانتفاع بالتركة جميعها ، إذ أن للورثة ، فيما جاوز الجزء الشائع الموصى بحق الانتفاع به ، حق
انتفاع يتضمنه ملكيتهم الكاملة ، فهم إذن شركاء في الشيوع مع الموصى له في حق الانتفاع
بالتركة جميعها كما سبق القول . وعلى ذلك يستطيع الموصى له أولى من الورثة أن يطلب قسمة
حق الانتفاع الشائع في جميع التركة . فإذا أمكنت القسمة عيناً ، أفرز جزء من التركة يكون
فيه للموصى له حق الانتفاع وللورثة حق الرقبة ، وأفرزت بقية أموال التركة ويكون للورثة
حق الملكية الكاملة فيها . أما إذا لم تمكن القسمة عيناً ، فهل يجوز بيع كل التركة على سبيل
قسمة التصفية *licitation* ؟ يذهب رأى في الفقه الفرنسي إلى أن هذا لا يجوز ، إذ قسمة
التصفية هنا تؤدي إلى أن تكون هناك قسمة بين الرقبة وحق الانتفاع وهذا ممنوع قانوناً
(لوران ٦ فقرة ٣٦٨ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢٢٦ ص ١٢٤ هامش ١١ - بيدان في تعليقه
في دالوز ٧٨ - ١ - ١٤٥) . ولكن القضاء الفرنسي لا يأخذ بهذا الرأي ، مراعيًا في ذلك
مصلحة الجميع . فبيع التركة بملكيتها الكاملة يكون أربع صفقة من أن يباع جزء شائع من
التركة بملكيتها الكاملة وأن يباع جزء شائع آخر مثقالاً بحق الانتفاع . فإذا طلب الموصى له
أواحد من الورثة بيع التركة جميعها بملكيتها الكاملة على سبيل قسمة التصفية ، أجيب إلى طلبه
ولو عارض في ذلك الآخرون (نقض فرنسي ٢٤ يونيو سنة ١٨٦٣ دالوز ٦٣ - ١ - ٢٨٥ -
٢٥ أغسطس سنة ١٨٧٩ سيريه ٨٠ - ١ - ١٨١ - ٢٠ يوليو سنة ١٩٣٢ دالوز ١٩٣٢ -
١ - ١١٣ - ٢١ يونيو سنة ١٩٥٤ جازيت دي باليه ١٩٥٤ - ٢ - ٢٢١) . ويقر رأى آخر
في الفقه الفرنسي ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في ذلك (بودرى وفال في المبادئ ٢ فقرة
٢٨٢٦ - لاييه في تعليقه في سيريه ٨٠ - ١ - ١٤٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة
٧٦١ ص ٧٥٨ - ص ٧٥٩ - كاربونيه ص ١١٦) .

حتمًا ، وذلك بالرغم من أن الأجل لم يتقضى . والحكمة في انتهاء حق الانتفاع حتمًا بموت المنتفع ، أن حق الانتفاع يشل إلى حد ما من تداول المال ، فلا المنتفع يملك الرقبة حتى يستطيع التصرف في ملكية المال كاملة ، ولا مالك الرقبة يتيسر له أن يجد مشترى للرقبة وهي عاطلة عن حق الانتفاع (١) . فأصبح المال في وضع اقتصادى غير مرغوب فيه ، ولذلك عين المشرع حدا أقصى لهذا الوضع ، وهو حياة المنتفع . فلا ينتقل حق الانتفاع بموت المنتفع إلى ورثته بل ينتهى حتمًا . فتعود الملكية كاملة لصاحب الرقبة ، ويرجع المال إلى وضعه العادى من التداول .

وإذا كان حق الانتفاع يحد من حركة تداول المال كما قلنا ، فإنه أيضا يحمل في ذاته عاملا من عوامل الشك وعدم الاستقرار بسبب القاعدة التى نحن بصدددها من أنه ينتهى حتمًا بموت المنتفع . ف سواء حدد لحق الانتفاع أجل أولم يحدد ، فإنه لا يعرف متى ينتهى : إذ قد يموت المنتفع قبل انقضاء هذا الأجل والموت لا يعرف مواعده على وجه محقق . فتقدير قيمة حق الانتفاع ، عندما يكون هناك محل لذلك ، يصعب البت فيه ، إذ يحول دون ذلك عدم معرفة موعد انقضائه حتى لو كان له أجل محدد ، إذ ينتهى حتمًا بموت المنتفع ولو قبل انقضاء الأجل كما سبق القول . وقد واجه المشرع هذه الصعوبة في حالات مختلفة ، ففي حالتين منها لجأ إلى التحكم لأنه أراد أن يبت في حق الانتفاع في الحال . الحالة الأولى إذا نزع ملكية العقار للمنفعة العامة ، وأريد توزيع التعويض المستحق عن نزع الملكية بين مالك الرقبة والمنتفع ، فعلى القاضى في هذه الحالة أن يقدّر قيمة حق الانتفاع اجتهدا ، مراعىا في ذلك سن المنتفع وحالته الصحية . والحالة الثانية ما نصت عليه المادة الخامسة من قانون الإصلاح الزراعى في شأن توزيع التعويض المستحق عن الاستيلاء بين مالك الرقبة والمنتفع ، ففي هذه الحالة يكون لمالك الرقبة ثلثا التعويض وللمنتفع الثلث الباقي . وفي حالة

(١) هذا إلى أن صاحب الانتفاع يسمى بطبيعة الوضع الذى هو فيه إلى أن يستخلص من العين كل ما يستطيع استخلاصه من منفعة دون أن يحاول تحسين العين إذا كان هذا التحسين سيؤثر نفعه إلى صاحب الرقبة عند انقضاء حق الانتفاع . وتشتد أضرار حق الانتفاع في الأرض الزراعية ، ويتلوه في التأثير بالضرر البائى والمتأجر والمصانع ، ويخفف الضرر كثيرا في الأوراق المالية (كولان وكابيتان ودى لا موراندبير ١ فقرة ١٠٥٩ ص ٨٥٧) .

ثالثة لم يلجأ المشرع إلى التحكم ، إذ نص في المادة ٩٩٤ مدني على أن « ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء ، إلا أنه ينتقل من هذا الشيء إلى ما قد يقوم مقامه من عوض » . فإذا قام مقام الشيء تعويض أو مبلغ تأمين مثلا على سبيل الحلول العيني ، كان للمتفع الفوائد المدة التي يدوم فيها حق الانتفاع ، ويبقى رأس المال دون الفوائد للمالك الرقبة إلى أن ينتهي حق الانتفاع ، فإذا انتهى آلت الفوائد للمالك (١) .

٣ - وحق الانتفاع يقع على شيء غير قابل للاستهلاك : وذلك لأن الشيء بذاته يعود إلى المالك عند انتهاء حق الانتفاع ، فوجب أن يكون باقيا بعد الانتفاع به ، ويعني ذلك أن يكون شيئا غير قابل للاستهلاك (٢) .

هذا هو الأصل . غير أنه يقع في بعض الأحيان أن يوصى شخص لآخر بحق الانتفاع في جزء من تركته ، وقد تشمل التركة على أشياء قابلة للاستهلاك ، فإذا أفرزت الأموال التي يستعمل عليها المتفع حق انتفاعه دخل في هذه الأموال أشياء قابلة للاستهلاك . فكيف يباشر المتفع حق انتفاعه على هذه الأشياء ، وهو لا يستطيع الانتفاع بها الا باستهلاكها ؟ تجيب على ذلك المادة ٥٨٧ من التقنين المدني الفرنسي بأنه « إذا شمل حق الانتفاع أشياء لا يمكن استعمالها دون استهلاكها ، كالنفود والغلل والحمور ، كان للمتفع الحق في استهلاكها ، بشرط أن يرد مثلها في الكمية والصفة والجودة » (٣) . ويستخلص من هذا النص أن الذي ينتقل إلى المتفع في الشيء القابل للاستهلاك ليس هو مجرد حق انتفاع ، بل هو حق ملكية كاملة يبيع للمتفع أن يستهلك الشيء ، على أن يرد

(١) انظر في ذلك إسحاق غانم ص ٥ - ص ٦ .

(٢) هذا إلى أن المتفع ليس له إلا أن يستعمل الشيء وأن يستغله دون أن يستهلكه أو يتصرف فيه ، والشيء القابل للاستهلاك لا يمكن استعماله دون استهلاكه أو التصرف فيه ، ومن ثم لا يكون الشيء القابل للاستهلاك في الأصل قابلا لأن يترتب عليه حق انتفاع .

(٣) والحال الذي أتى به نص التقنين المدني الفرنسي لا يمكن تصور غيره ، وهو منقول عن القانون الروماني . فقد كان هذا القانون في أول الأمر بمنح ترتيب حق الانتفاع على شيء قابل للاستهلاك لأن طبيعة هذا الشيء تستصحب على أن يرد عليه هذا الحق ، ثم تطور القانون فأباح ذلك ، وسمى الحق في هذه الحالة بشبه حق الانتفاع (quasi-usufruit) . ونقل التقنين المدني الفرنسي هذا الحكم في المادة ٥٨٧ سالف الذكر .

مثله أو قيمته عند انتهاء حق الانتفاع ^(١) . فالمنتفع إذن يصبح مالكا للشيء القابل للاستهلاك . فلا تكون هناك رقة تبقى للمالك : وإنما يكون المالك دائما للمنتفع بمثل الشيء أو قيمته ^(٢) . وهكذا تتحول الرقة من حق عيني هو ملك الرقة . إلى مجرد دائنية (créance) للبالك في ذمة المنتفع ^(٣) . وهذا هو الحكم الذي أخذ به في مصر . وقد ورد في شأنه نص صريح ، إذ تقول الفقرة الثانية من المادة ٩٩٢ مدني : « وللمنتفع الذي قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك . وإنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه في الانتفاع » ^٤

٤٧٨ - الأشياء التي تصلح أن تكون محمولا في الانتفاع : يصلح أن يكون محلا لحق الانتفاع العقار كاللدور والأراضي الزراعية والمناجم والحاجر . والمنقول كالألات والسيارات والمركبات والمواشي والأسهم والسندات وسائر القيم المنقولة التي لحاملها والأشياء القابلة للاستهلاك ويترتب على هذه الأشياء الأخيرة شبه حق انتفاع كما سبق القول .
ويصلح أن يكون محلا لحق الانتفاع ، ليس فحسب الأشياء المادية كالأشياء التي تقدم ذكرها ، بل أيضا الأشياء غير المادية ، كحق المؤلف

(١) ويقرب شبه حق الانتفاع بذلك من حق القرض في عقد القرض ، ففي الحالتين تنتقل ملكية أشياء قابلة للاستهلاك من شخص إلى آخر على أن يرد هذا الأخير للأول مثلها أو قيمتها . ولكنهما يختلفان فيما يأتي : (أ) ينتهي شبه حق الانتفاع حتماً بموت المنتفع حتى لو حدد له أجل ولم ينقض ، أما القرض فلا يحل بموت المقرض ولكن بانقضاء الأجل ، ويبقى القرض ديناً في التركة لومات المقرض قبل حلول الأجل . (ب) القرض لا يكون إلا بقصد أما شبه حق الانتفاع فقد يكون بقصد ولكن يطلب أن يكون بوصية . (ج) يجب في شبه حق الانتفاع تقديم كفالة وعمل جرد للأشياء القابلة للاستهلاك (٩٩٢ م) ، ولا يجب ذلك في القرض . أنظر عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢١٨ ص ٢٦٢ - من ٢٦٣ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٩ ص ٧٥٦ .

(٣) ويترتب على ذلك أنه في حين أن المالك في حق الانتفاع يسترد نفس الشيء عند نهاية الانتفاع ، إذا به في شبه حق الانتفاع ليس إلا دائناً للمنتفع يزاخه سائر دائني هذا الأخير (مازو فقرة ١٦٥٢) .

(٤) أنظر أيضاً المادة ٤١/٢٢ من التقنين المدني السابق ، وكانت تنص على أنه « يجوز للمنتفع الذي قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء التي تنعم بالاستعمال ، إنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه في الانتفاع » .

وحق المخترع ، والحقوق الشخصية (créances) (١) والإيرادات المرتبة والأسهم والسندات وسائر القيم المنقولة التي ليست لحاملها وسندات القروض التي تعقدها الدولة كقروض الإنتاج وغيرها . بل أن حق الانتفاع نفسه يصلح أن يكون محلاً لحق انتفاع يترتب عليه ، فيكون للمنتفع بحق الانتفاع غلة هذا الحق وثماره (٢) . وكذلك يصلح أن يكون محلاً لحق الانتفاع حق الارتفاق بشرط أن يشمل حق الانتفاع العقار المرتفق وحق الارتفاق معاً ، فلا يترتب حق انتفاع على حق الارتفاق مستقلاً عن العقار المرتفق (٣) .

ويصلح أن يكون محلاً لحق الانتفاع المجموع من المال (universalité) ، سواء كان مجموعاً قانونياً كالتركات (٤) ، أو كان مجموعاً فعلياً كالمناجر والقطيع من الغنم (٥) . وبوجه عام كل ما يصلح أن يكون محلاً لحق الملكية يصلح أن يكون محلاً لحق الانتفاع (٦) .

وفي جميع الأحوال يصلح الشيء أن يكون محلاً لحق الانتفاع ، حتى لو كان مما يبلى بطول الاستعمال كالآثاث والملابس والسيارات والمركبات . ولا يتحول حق الانتفاع هنا إلى شبه حق انتفاع ، فهناك فرق واضح بين شيء يبلى بطول الاستعمال وشيء يسبلك فوراً بالاستعمال . وعلى ذلك يرد

(١) وترتيب حق الانتفاع على الحقوق الشخصية من شأنه أن يرتب حقاً عينياً على حق شخصي ، ويجعل على التساؤل عما إذا كان حق الانتفاع حقاً عينياً متفرعاً عن حق الملكية ، أو هو حق يتفرع عن الحقوق بوجه عام لا عن حق الملكية فحسب (بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٤١٥ - كولان وكايتان ودى لامورانديير : فقرة ١٠٦٠ - مارك ورينو فقرة ٦٤ ص ٨٢) .

(٢) أنظر ماييل فقرة ٥٠٧ .

(٣) أنظر ماييل فقرة ٤٩١ .

(٤) والمتضمن بمجموع قانون من المال universalité de droit ، على خلاف المنتفع بمال مستقل بذاته ، يساهم في الوفاء بديون المجموع من المال الذي ينتفع به ، فيتحمل فروائه هذه الديون (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦٠ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٥١٥) .

(٥) والمتنفع بمجموع فضل من المال universalité de fait يتميز ، لا بالمساهمة في الوفاء بالديون ، بل بأعمال نظرية الحلول المعنى (بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٥١٦) .

(٦) وبوجه أم ، كل شيء مادي أو غير مادي ، تخول حيازته فائدة اقتصادية أو أدبية أو فكرية ، يصلح أن يكون محلاً لحق الانتفاع (أوبري ودر ٢ فقرة ٢٢٦ هامش ٤ مكرر - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٨ ص ٧٥٥) .

المتنوع ، فيما إذا ورد حق الانتفاع على شيء يبلى بطول الاستعمال ، نفس الشيء في الحالة التي يكون عليها وقت نهاية حق الانتفاع ، دون أن يكون قد أصابه تلف بخطأ المتنوع (١) .

٤٧٩ - ما أدخله الفقيهين المدني الجبر من تعديلات على التقنين المدني

السابق في خصوص حق الانتفاع : أهم ما أدخله التقنين المدني الجديد من تعديلات على التقنين المدني السابق في خصوص حق الانتفاع أنه حذف نصوصا خاصة بالوقف أقحمها التقنين المدني السابق على النصوص المتعلقة بحق الانتفاع . وبعض هذه النصوص قد بطل العمل بها ، كنص المادة ١٨ / ٢٧ من التقنين المدني السابق المتعلق بالمسقات والمستغلات التي تكسب بعقد الإيجاريتين ويجوز تأجيرها أو إعطاؤها بالغاروقة ، وكالمواد ٣٥ و ٣٦ و ٤٨ من التقنين المدني المختلط الخاصة بالأراضي الخراجية . وبعض آخر من هذه النصوص تورد أحكاما في الوقف غير صحيحة ، من ذلك ما نصت عليه المادة ١٧ / ٣٤ من أنه يجوز أن يوصى لحل خبري تابع لديوان الأوقاف بملك العين ولشخص أو أكثر وورثته على التعاقب بحق الانتفاع ، وحينئذ لا يكون للمحل الخيري حق الملك التام إلا بعد انقراض الموصى إليهم بحق الانتفاع (٢) .

(١) أنظر في هذا المعنى المادة ٨٩ هـ من التقنين المدني الفرنسي - عل أنه يجوز الانتفاع على إلحاق الأشياء التي تبلى بطول الاستعمال بالأشياء التي تستهلك فوراً بالاستعمال ، فتنتقل ملكية الأشياء التي تبلى بطول الاستعمال إلى المتنوع ، ويكون له حق التصرف فيها واستهلاكها ، ولا يلزم إلا برد قيمتها أو مثلها عند نهاية حق الانتفاع . فيتحول حق الانتفاع بهذا الشرط إلى شبه حق انتفاع . وقد يكون الشرط ضمناً فيستفاد مثلاً من تقويم الأشياء التي يشملها حق الانتفاع ، إذ التقويم قد يفهم منه أن المالك لا يملك أهمية كبيرة على أن يسترد الأشياء بفواتها وبجبه ان يسترد قيمتها ، فيقوم التقويم هنا مضمناً البيع aestimatio facit venditionem وهذه على كل حال قرينة قضائية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز للمالك أن يثبت أنه قد عول على استرداد الشيء بذاته لا بقيمته ، وذلك بالرغم من تقويمه في سند حق الانتفاع (عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٢٠) .

(٢) وتقول محكمة النقض في خصوص هذا النص إنه « من قبيل حق الانتفاع المؤبد الذي حرره القانون بين الأفراد ، وهو يمين نظام الوقف الذي أتى به الفقه الإسلامي ، وبجبه وجدت الأموال الموقوفة ، مع ملاحظة أن محرري القانون اضطروا إلى جعل ملك الرقبة للجهة الخيرية وجعل الملك التام يؤول لها في النهاية . وسبب اضطرابهم لهذا أنهم لم يريدوا متابعة فقهاء المسلمين =

ثم إن التقنين المدنى الجديد رتب موضوع حق الانتفاع ترتيبا منطقيا ،
 فبدأ ببيان الأسباب التى يكسب بها حق الانتفاع ، ثم قرر ماذا يترتب على
 كسبه فعدد حقوق المنتفع والتزاماته ، وانتهى بذكر الأسباب التى ينقضى بها
 حق الانتفاع (١) .

٤٨٠ - أهمية المحرودة لحق الانتفاع في مصر وأهميته الكبيرة في فرنسا :
 وإذا كان لحق الانتفاع أهمية كبيرة في فرنسا ، فإن ذلك يرجع إلى
 أن التقنين المدنى الفرنسى قرر حالات هامة فيها يكسب الشخص حق الانتفاع
 فى مال غيره ، وهذه هى حالات حق الانتفاع المقررة بحكم القانون وتسمى
 بحقوق الانتفاع القانونية (usufruits légaux) . فالمادة ٣٨٤
 مدنى فرنسى تجعل للأب وللأم ، على ترتيب خاص ، حق الانتفاع فى أموال
 الأولاد حتى يبلغوا سن الثمانية عشرة أو حتى يصبحوا مآذونين (émancipés)
 إذا تم ذلك قبل بلوغهم سن الثمانية عشرة . والمادة ٧٥٤ مدنى فرنسى تجعل لمن
 بقى حيا من الوالدين ، فيما يرثه من أموال ولده ، حق انتفاع فى المال الذى
 لا تؤزول له ملكيته كاملة . وقد جعلت قوانين فرنسية متعاقبة ، فى ١٤ يوليه
 سنة ١٨٦٦ وفى ٩ مارس ١٨٩١ سنة وفى ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٥ ، حق انتفاع
 لمن بقى حيا من الزوجين فى بعض أموال الزوج الآخر . فشاع بموجب هذه
 الأحكام حق الانتفاع فى التعامل ، وتكفل التقنين المدنى الفرنسى بتنظيم هذا
 الحق تنظيما مفصلا .

أما فى مصر فالأمر مختلف ، إذ لا يوجد فى القانون المصرى حقوق انتفاع
 قانونية . ويندر فى العمل أن يرتب شخص على ماله حق انتفاع لشخص آخر

«عل ما قالو» من أن العين الموقوفة تكون على حكم ملك الواقف أو على حكم ملك الله ، بله
 كان هذا عندهم من قبيل الأمور التى وراء الطبيعة (المتافيزيقية) والتى لا يأخذون بها فى التشريع -
 وهم بالبداية مخطئون ، لأنهم ماداموا قد أقروا بنظام الوقف ينبغي لهم أن يأخذوا فيه بأقواله
 واضعيه ، وإلا فإن عبارتهم فى المادة ١٧ المذكورة تحل للجهة الحيرية أن تبيع حق الرقبة
 وأن تبيع الملك التام عند أيلولة إليها بعد انقراض ذرية الموصى لهم ، وهذا يخالف لأصول
 الوقف كل المخالفة (نقض ملف ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤ ملحق بمجلة القانون والاقتصاد ، رقم
 ٦٨) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦

بمقد أو بوصية . ومتى كان حق الانتفاع نادرا على هذا النحو فإنه يندر تبعاً لذلك أن يكسب بالشفعة أو بالتقادم مادام أنه ليس موجوداً من الأصل . والذي يقع غالباً هو أن يبيع الشخص لأولاده أو لزوجته مالا له ، ويحتفظ لنفسه بحق الانتفاع في هذا المال طول حياته . وحتى في هذا الفرض ، كثيراً ما يعتبر التعامل غير متعلق بحق انتفاع جدي ، وإنما يعتبر وصية مستترة أراد بها الموصي التحايل على أحكام الميراث والوصية ، وقد نصت المادة ٩١٧ مدني صراحة على هذه القرينة القانونية وإن قررت أنها تقبل إثبات العكس . من أجل ذلك لم يسبب التقنين المدني المصري ، على خلاف التقنين المدني الفرنسي ، في تفصيل أحكام حق الانتفاع ، واقتصر على إيراد مبادئه الجوهرية : ونجاريه في ذلك .

٤٨١ - فطحة البحوث : ونبحث حق الانتفاع في فروع ثلاثة :

- (١) أسباب كسب حق الانتفاع . (٢) الآثار التي تترتب على قيام حق الانتفاع .
- (٣) انتهاء حق الانتفاع .

الفرع الأول

أسباب كسب حق الانتفاع

٤٨٢ - نص قانوني : تنص المادة ٩٨٥ مدني على ما يأتي :

- ١ - حق الانتفاع يكسب بعمل قانوني أو بالشفعة أو بالتقادم .
- ٢ - ويجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية ، كما يجوز للحمل المستكن (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٢٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق في الفقرة الأولى منه لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، أما الفقرة الثانية في المشروع التمهيدي فكانت تجري على الوجه الآتي : « ويجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين ينوّه . وقد عدلت لجنة المراجعة هذه الفقرة الثانية بما جعلها مطابقة لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت على النص تحت رقم ١٠٦٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٥ (مجموعة الأعمال للتضهيرية ٦ ص ٥٢٢ - ص ٥٢٣) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٣٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٨٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٤٩ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٣٣ (١) .

وقد ساير النص في أسباب كسب حق الانتفاع أسباب كسب الملكية ، بعد أن حذف من أسباب كسب الملكية ما لا يتفق منها مع طبيعة حق الانتفاع . فالاستيلاء لا يرد على حق الانتفاع ، وكذلك الميراث لأن حق الانتفاع لا يورث إذ ينتهي حتماً بموت المنتفع ، وتستعصى طبيعة حق الانتفاع على الالتصاق . فيبقى إذن من أسباب كسب الملكية التي تنطبق على حق الانتفاع الوصية والعقد ، وقد جمعها النص في كلمة « العمل القانوني » ، والشفعة والتقدم (٢) .

٤٨٣ - كسب حق الانتفاع ابتداءً وكسب انتفاع : وحق الانتفاع ، كحق الملكية ، يمكن كسبه ابتداءً وكسبه انتقالاً . بل إن حق الانتفاع في هذا الصدد يتميز عن حق الملكية في أن الغالب فيه أن يكسب ابتداءً لا انتقالاً ،

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩٣٧ - ينشأ حق الانتفاع بمجرد إرادة الإنسان ، ويمكن إنشاؤه لأجل أو بشرط . (والتقنين السوري مأخوذ من قانون الملكية العقارية اللبناني . وقد أغفل ذكر التقدم بين أسباب كسب حق الانتفاع ، ولم يذكر الشفعة لأنه لم يأخذ بها أصلاً) .
التقنين المدني الليبي م ٩٨٩ (مطابق ، فيما عدا أن الفقرة الأولى من نص التقنين الليبي تضيف القانون إلى أسباب كسب حق الانتفاع) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٤٩ : يصح أن تملك منافع الأعيان دون رقبته ، سواء كانت الأعيان عقاراً أو متقولاً .

م ١٢٥٠ : يكسب حق الشفعة بالعقد وبالوصية . ويجوز أيضاً أن يحجج الحائز لهذا الحق بالتقدم . (ولا يذكر تقنين العراق الشفعة بين أسباب كسب حق الانتفاع ، لأنه في النصوص التي أوردها في الشفعة لا يجوز أخذ حق الانتفاع بالشفعة) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٣٣ : ينشأ حق الانتفاع بمجرد إرادة الإنسان ، ويمكن إنشاؤه إلى أجل أو بشرط . (والقانون اللبناني كالتقنين السوري لا يذكر بين أسباب كسب حق الانتفاع التقدم ولا الشفعة . والقانون اللبناني ، بخلاف التقنين السوري ، يأخذ بنظام الشفعة ، ويذكر في نصوص الشفعة جواز كسب حق الانتفاع بهذا السبب) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٢ .

في حين أن الغالب في حق الملكية أن يكسب انتقالا ولا يكسب ابتداء إلا بالاستيلاء .

فحق الانتفاع يكسب ابتداء بالوصية ، ويكسب انتقالا بالشفعة ، ويكسب ابتداء وانتقالا بالعقد والتقادم .

أما أن حق الانتفاع لا يكسب بالوصية إلا ابتداء ، فلذلك لأنه لا يمكن الإيصاء بحق انتفاع ينتقل إلى الموصى له بموت الموصى . فان حق الانتفاع ينتهي حتما بموت المنتفع ، فلا يجوز للمنتفع أن يوصى بحق الانتفاع لأن هذا الحق يكون قد انتهى بموته ، وعلى ذلك لا يكسب حق الانتفاع انتقالا بالوصية . وإنما يمكن بالوصية إنشاء حق الانتفاع ابتداء ، فيوصى المالك ملكية كاملة للعين بحق الانتفاع بها ، وبذلك ينشئ ابتداء بالوصية حق الانتفاع ولا ينتقل . وأما أن حق الانتفاع لا يكسب بالشفعة إلا انتقالا . فلذلك لأن الشفعة إنما تنقل للشفيع حق انتفاع قد تم إنشاؤه قبل أخذه بالشفعة . فأخذ حق الانتفاع بالشفعة إنما ينقل هذا الحق للشفيع ، ولا ينشئه .

والعقد تارة ينشئ حق الانتفاع وهو الغالب ، وطورا ينقل هذا الحق . فالمالك ملكية كاملة للعين ينشئ حق انتفاع على العين لمصلحة شخص آخر ، فيكون العقد في هذه الحالة منشئا لحق الانتفاع ابتداء . ومتى أنشئ حق الانتفاع بأي سبب من أسباب إنشائه ، جاز للمنتفع أن ينقل حقه للغير ببيع أو مقايضة أو هبة ، فيكون العقد في هذه الحالة ناقلا لحق الانتفاع لا منشئ . والتقادم كذلك تارة ينشئ حق الانتفاع وهو الغالب ، وطورا ينقل هذا الحق . فقد ينشئ شخص على عقار غير مملوك له حق انتفاع لشخص آخر ، ثم يضع هذا الأخير يده على حق الانتفاع معتقدا بحسن نية أنه تعامل مع المالك . فيستطيع أن يكسب حق الانتفاع إذا ظل حائرا إياه خمس سنوات بالتقادم المكسب القصير ، ويكون التقادم في هذه الحالة قد أنشأ حق الانتفاع ابتداء . وقد يكون هناك حق انتفاع ثم إنشاؤه ، وبوئجر المنتفع العين المنتفع بها ، ثم يغير المستأجر صفة حيازته من كإجازة عرضية إلى حيازة أصلية بنية تملك حق الانتفاع ، فيتملكه بالتقادم المكسب الطويل ، فيكون التقادم هنا ناقلا لحق الانتفاع لا منشئا له . ويقوم مقام التقادم المكسب القصير في العقار الحيازة

بحسن نية في المنقول ، وسيأتي بيان ذلك عند الكلام في التقادم باعتباره سببا لكسب حق الانتفاع (١) .

ويخلص مما قلناه أن هناك أسبابا أربعة لكسب حق الانتفاع : العقد والوصية والشفعة والتقادم ، ويضاف إلى التقادم الحيازة في المنقول .

٤٨٤- السبب الأول - العقر : يكون العقد سببا لكسب حق الانتفاع

في حالات ثلاث :

(الحالة الأولى) يكسب العقد فيها حق الانتفاع بطريق الإنشاء (par voie de constitution) ، وهذا طريق مباشر . فيرتب مالك العين ، عقارا كانت العين أو منقولا ، حق انتفاع على العين لمصلحة شخص آخر . ويكون ذلك بعقد منشئ للحق العيني ، وأكثر ما يكون هذا العقد بيعا أو هبة ، وقد يكون مقايضة أو وفاء بمقابل . أما البيع فنادر ، إذ يصعب تقدير قيمة حق الانتفاع وهي موقوفة على حياة المنتفع كما قلنا ، فيصعب تبعا لذلك تقدير الثمن . وأما المقايضة فأندر ، ولكن يمكن تصور ذلك إذا تقايض شخصان على عينين ، فيكون لكل منهما حق الانتفاع في العين المملوكة للآخر . والهبة أقرب تصورا ، فيهب شخص لآخر حق الانتفاع في عقار أو منقول مملوك للأول ليجد المنتفع بذلك موردا للعيش . فإن كان الهبة واقعة على عقار وجب أن تكون بورقة رسمية ، ما لم تكن مسترة تحت اسم عقد آخر . وإن كانت واقعة على منقول وجب أيضا أن تكون بورقة رسمية ، ما لم يقبض المنتفع المنقول أو تكن الهبة مسترة تحت اسم عقد آخر . وأيا كان العقد ، بيعا أو هبة أو مقايضة أو غير ذلك ، فإنه يجب تسجيله إذا رتب حق الانتفاع على عقار ، ولا ينشأ حق الانتفاع لا بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين إلا إذا سجل العقد طبقا للقواعد المقررة في التسجيل .

ويحدد العقد مدة لحق الانتفاع ، وينتهي حق الانتفاع حتما بموت المنتفع حتى قبل انقضاء المدة المحددة . فإذا لم يحدد العقد مدة ، عد حق الانتفاع مقررا مدى حياة المنتفع (م ١/٩٩٣ مدني) . وإذا كان حق الانتفاع مرتبا

لمصلحة شخص معنوى ، فقد ورد في هذا الشأن نص في التقنين المدني الفرنسي ، إذ تقضى المادة ٦١٩ من هذا التقنين بأن المدة لا يجوز أن تزيد في هذه الحالة على ثلاثين سنة . وورد في كل من التقنين المدني السوري (م ٩٣٦) وقانون الملكية العقارية اللبناني (م ٣٢) أنه لا يجوز إنشاء حق الانتفاع لصالح أشخاص معنويين (١) . ولما كان التقنين المدني المصري لا يشمل على مثل هذه النصوص ، وجب القول من جهة إن حق الانتفاع يجوز ترتيبه لصالح شخص معنوى ، ومن جهة أخرى إنه لا يوجد حد أقصى لمدة حق الانتفاع في هذه الحالة . وعلى ذلك يجوز في القانون المصري ترتيب حق الانتفاع لصالح شخص معنوى . ويحدد العقد مدته ، فإذا لم تحدد له مدة بقی طوال بقاء الشخص المعنوى ، ولكن ينهى حق الانتفاع حتماً بانحلال الشخص المعنوى حتى قبل انقضاء المدة المحددة في العقد .

والعقد الذى أنشأ حق الانتفاع هو الذى يقرر حقوق المنتفع والتزاماته وغير ذلك من الشروط ، على أن يستكمل كل ذلك بالأحكام الواردة في القانون والتي سيأتى بيانها (م ٩٨٦ مدنى) . ويصح أن ينشئ العقد حق الانتفاع منجزاً ، كما يصح أن يعلقه على شرط فاسخ أو على شرط واقف ، أو أن يقرنه بأجل واقف فلا يبدأ حق الانتفاع إلا في وقت معين . ويجب أن يكون حق الانتفاع دائماً مقرّناً بأجل فاسخ ، فإن لم يحدد العقد هذا الأجل كان الأجل الفاسخ هو مدة حياة المنتفع كما سبق القول . ويجوز أن يقرن العقد بشروط وتكاليف (charges) (٢) ، وبوجه خاص يجوز جعل حق الانتفاع غير قابل للتزول عنه ولا للحجز عليه . فيكون حق الانتفاع كحق الملكية مقرّناً بشرط مانع من التصرف . ويراعى في ذلك نفس الأحكام التى سبق تفصيلها في حق الملكية (م ٨٢٣ - ٨٢٤ مدنى) (٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٧٦ في الهامش .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العقد الذى بموجبه يتسلم شخص أرضاً على أن يردّها في نهاية المدة المتفق عليها ، بما ينشئه فيها من أبنية وغراس دون أى نمويض عنها ، يعتبر عقداً منشأ حق انتفاع (استئناف غنطس ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٩) .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦٦ .

(الحالة الثانية) يكسب العقد فيها حق الانتفاع بطريق الاحتفاظ بهذا الحق (par voie de retention) ، وهذا طريق غير مباشر . فينقل مالك العين بالعقد الرقبة للغير ، ويحفظ لنفسه بحق الانتفاع مدى حياته في الغالب . ويكون العقد في هذه الحالة منشأ لحق الرقبة لا لحق الانتفاع ، وإنما يبرز حق الانتفاع بطريق غير مباشر عن طريق فصل الرقبة عن الملكية الكاملة ، فيكون حق الانتفاع بعد أن انفصلت عنه الرقبة للمالك الأصلي ، وتكون الرقبة لمن تصرف له هذا المالك . وقد قلنا (١) أن هذه الصورة هي التي تتحقق عادة في العمل في مصر ، وأنه يقصد بها غالبا التحايل على أحكام الميراث والوصية ، ومن أجل ذلك وضعت المادة ٩١٧ مدني قرينة قانونية على أن التصرف على هذا النحو يعتبر وصية مستترة ما لم يقيم الدليل على العكس . فإن قام الدليل على العكس ، كان الحكم هو ما قلنا ، وكان العقد هو الذي أنشأ حق الرقبة وبانفصالها عن الملكية الكاملة يبرز حق الانتفاع (٢) . أما إذا لم يقيم الدليل على العكس ، فالتصرف في مجموعه يعتبر وصية ، ويبقى المتصرف مالكا للعين ملكية كاملة مدة حياته ، ويجوز له الرجوع عن التصرف في أي وقت لأن الوصية يجوز الرجوع فيها . فإن مات دون أن يرجع عن الوصية ، آلت العين كاملة للموصى له ، وقسرى سائر أحكام الوصية . وعلى هذا النحو لا تنفصل الرقبة عن الملكية الكاملة ولا يبرز حق الانتفاع في أي وقت ، لا في أثناء حياة المتصرف ولا بعد موته . وسواء اعتبر التصرف تصرفا حال الحياة أو اعتبر وصية مستترة ، فإنه إذا وقع على عقار وجب تسجيله طبقا للقواعد المقررة في التسجيل ، إذ أنه يكون واجب التسجيل في الحالين .

(الحلقة الثالثة) ينقل العقد فيها حق انتفاع ثم إنشاؤه من قبل ، ويكون العقد في هذه الحالة ناقلا لحق الانتفاع (par voie d' aliénation) لا منشأ له . ومنرى (٣) ، عند الكلام في حقوق المتفع ، أن لهذا الأخير أن يتصرف في حق الانتفاع بالبيع والهبة وغير ذلك من أنواع التصرف . ولكن

(١) أنظر آتيا فقرة ٤٨٠ .

(٢) أنظر استئناف مخطط ١٧ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ٢٧١ - ١٨ يونيو سنة

١٩٢٠ م ٥٢ ص ٢١٦ .

(٣) أنظر مابل فقرة ٥٠٥ .

ينتهي حق الانتفاع حتماً بموت المتفع الأصلي ، أما موت من تصرف له المتفع الأصلي فلا ينهى الحق بل ينتقل الحق بموت إلى ورثته ، وهذه صورة خاصة بورث فيها حق الانتفاع (١) . ويبقى المتفع الأصلي ، بالرغم من نزوله عن حق الانتفاع للغير ، ملتزماً بجميع التزامات المتفع . ويعد شخصه هو ، لا شخص من تصرف له ، محل الاعتبار في انتهاء حق الانتفاع بالموت ، فإذا مات انتهى حق الانتفاع ولو بقي المتصرف له حياً . وسنعود لهذه المسألة عند الكلام في أعمال التصرف التي تصدر من المتفع (٢) .

٨٥٠ الباب الثاني - الوصية : وينشأ حق الانتفاع ابتداء بالوصية ، وقد قلنا أن حق الانتفاع لا يكسب بالوصية الا ابتداء (٣) . وكسب حق الانتفاع بالوصية أكثر وقوعاً في العمل من كسبه بالعقد . ويتم ذلك بأحد طريقين : إما بأن يوصى مالك العين بحق الانتفاع بها لشخص معين فبقي الرقبة للورثة ، وهذا يقابل كسب حق الانتفاع بالعقد بطريق الإنشاء (par voie de constitution) ، أو بأن يوصى مالك العين بالرقبة لشخص معين فبقي حق الانتفاع للورثة وهذا يقابل كسب حق الانتفاع بطريق الاحتفاظ بهذا الحق (par voie de rétention)

وتسرى أحكام الوصية من حيث الشكل ، ومن حيث النصاب الجائز الإبصار به ، ومن حيث انتقال الحق إلى الموصى له ببقائه حياً بعد موت الموصى ، ومن حيث وجوب التسجيل إذا كانت الوصية واقعة على عقار ، ومن حيث سائر أحكام الوصية . وتحدد الوصية مدة حق الانتفاع على التفصيل الذي ذكرناه في تحديد المدة بالعقد ، وتقرر حقوق المتفع والزاماته على أن تستكمل ذلك بالأحكام الواردة في القانون ، ويصح أن تطلق الوصية حق الانتفاع على شرط فاسخ أو على شرط واقف أو تفرغه بأجل واقف ، كما يصح أن تفرغه بشروط وتكاليف ومنها جعله غير قابل للتصرف فيه ولا للحجز عليه ، وذلك كله على النحو الذي قدمناه فيما إذا كان سبب كسب حق الانتفاع هو العقد .

(١) أنظر إسماعيل غانم ص ١٠ .

(٢) أنظر مامل فقرة ٥٠٥ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤٨٣ .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٨٥ مدني ، فيما رأينا (١) ، على ما يأتي :

« ويجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين ، إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية ، كما يجوز للحمل المستكن » - والفروض أن الموصي يوصي بحق الانتفاع في العين لشخصين ، أو أكثر على التعاقب بحيث إذا انتهى حق انتفاع الأول بانقضاء مدته أو بموت المنتفع ، نشأ حق انتفاع جديد لا صلة له بحق الانتفاع الأول ولا يعتبر استمرارا له لمصلحة الشخص الثاني ، حتى إذا انتهى حق الانتفاع الثاني بانقضاء مدته أو بموت المنتفع الثاني نشأ حق انتفاع ثالث لاصلة له بحق الانتفاع الثاني لمصلحة الشخص الثالث ، وهكذا . وغنى عن البيان أنه كما يمكن الإيصاء بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين على هذا النحو ، يمكن من باب أول الإيصاء بحق الانتفاع لأشخاص مجتمعين في وقت واحد ، فيكون حق الانتفاع شائعا بينهم . فإذا كانوا ثلاثة مثلا ، وكانت حصصهم متساوية بحسب الوصية ، كان لكل منهم حق الانتفاع بثلث العين شائعا في العين كلها . وينتهي حق الانتفاع بالنسبة إليهم جميعا بانقضاء مدته المحددة في الوصية ، وينتهي حتما بالنسبة إلى الثلث الشائع من العين إذا مات أحد منهم ، فتصبح ورثة الموصي مالكة ملكية كاملة لهذا الثلث ولها ملك الرقبة في الثلثين الباقيين .

وفي حالة ما إذا كان الإيصاء لأشخاص متعاقبين ، فإن الأول منهم يستقل وحده بحق الانتفاع ولا يشاركه الآخرون فيه ، وذلك إلى أن ينتهي هذا الحق . ثم يعقبه حق الانتفاع الثاني ، فحق الانتفاع الثالث ، وهكذا ، كما سبق القول . فإذا كان الأشخاص المتعاقبون ثلاثة ، كان لكل حق انتفاع ثلاثة تتوالى وكل منها مستقل عن الحقين الآخرين ، ويكون كل حق منها مستمدا مباشرة من الوصية التي أنشأته لا من حق الانتفاع الذي سبقه . ويرتب على ذلك أن كلا من هؤلاء الأشخاص الثلاثة الموصى لهم يجب أن يكون ، كما تقول المادة ٩٨٥ / ٢ مدني فيما رأينا ، موجودا على قيد الحياة وقت الوصية ، أو في القليل يجب أن يكون حيا مستكنا في هذا الوقت إذ

(١) انظر آتفاقرة ٤٨٢ .

تجوز الوصية للحمل المستكن (١) . فيكون الموصى قد أوصى بحق الانتفاع مباشرة لكل من هؤلاء الثلاثة وهم موجودون على قيد الحياة وقت أن أوصى ، فأنشأ بذلك ثلاثة حقوق انتفاع مستقلة بعضها عن بعض ، الأول منها منجز ، والثاني مقترن بأجل واقف هو انتهاء الأول ، والثالث مقترن أيضاً بأجل واقف هو انتهاء الثاني . وتكون ورثة الموصى ، طوال المدة التي تبقى فيها حقوق الانتفاع الثلاثة المتعاقبة ، ما لकिन لرقبة العين ، حتى إذا انتهت حق الانتفاع الثالث والأخير عادت لم ملكية العين كاملة .

وشروط وجود الموصى لم على قيد الحياة وقت الوصية شرط أساسى . وهو الذى يميز هذا التصرف عن الوقف . ففى الوقف ينتقل الانتفاع بالعين الموقوفة من مستحق إلى من يليه من المستحقين ، دون أن يشترط وجود جميع المستحقين المتعاقبين على قيد الحياة وقت الوقف . وهذه هى مزية يختص بها الوقف ، كما يختص فى إنشائه وفى الآثار التى تترتب عليه بأحكام خاصة قررتها الشريعة الإسلامية . أما هنا فنحن فى صدد وصية بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين موجودين على قيد الحياة وقت الوصية ، ففسرى عليها أحكام الوصية وأحكام حق الانتفاع لا أحكام الوقف . ولو لم يشترط وجود الأشخاص المتعاقبين على قيد الحياة وقت الوصية ، لأمكن أن تكون هذه الوصية وقفاً ، ولأمكن للموصى أن يسلك إلى الوقف عن غير طريقه . ولذلك لا يجوز الإيضاء بحق الانتفاع لشخص معين ، ثم لورثته من بعده دون أن يتعين أشخاص الورثة ودون أن يكونوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية ، إلا إذا سلك الموصى طريق الوقف لتحقيق هذه الغاية (٢)

(١) وقد كانت المادة ٣٣/١٦ من التقنين المدنى السابق تنص على أنه « لا يعلى ذلك الحق (حق الانتفاع) إلا لشخص أو أكثر موجود على قيد الحياة وقت الإعطاء ، وينتهى على كل حال بوفاته إن لم يكن له ميماد محدد قبل الوفاة المذكورة » . فالنص يشترط ألا يعلى حق الانتفاع إلا لشخص موجود على قيد الحياة وقت الإعطاء ، فيقع لبس فيما إذا كانت الوصية به تجوز للحمل المستكن وهل يمكن اعتبار الحمل المستكن شخصاً موجوداً على قيد الحياة . فعناء نص المادة ٢/٩٨٥ من التقنين المدنى الجديد حاسماً لهذه المسألة ، إذ قال صراحة إنه تجوز الوصية بحق الانتفاع للحمل المستكن (أنظر عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢١٦ ص ٢٥٩) .

(٢) وفى الشريعة الإسلامية يشترط فى الموصى له أن يكون معلوماً وأن يكون موجوداً عند الوصية إن كان ممسكاً ، فإن لم يكن ممسكاً كالوصية لأولاد فلا فلا يشترط أن يكون موجوداً عند

٤٨٦ - البوب الثالث - الشفعة : رأينا عند الكلام في الشفعة أن المادة

٩٣٦ ملنى تنص على ما يأتى : « يثبت الحق في الشفعة : (ا) لمالك الرقة . إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه . (ب) للشريك في الشيوع . إن بيع شيء من العقار الشائع لأجنبي . (ح) ... » . ويظهر في وضوح أن الكلام هنا عن حق انتفاع قائم قد تم إنشاؤه ، فيؤخذ بالشفعة بعد تمام الإنشاء . وتكون الشفعة إذن سببا لكسب حق الانتفاع انتقالا من المنتفع إلى الشفع ، لاسبيا لإنشاء حق الانتفاع ابتداء . وقد قدمنا أن حق الانتفاع لا يكسب بالشفعة إلا انتقالا ، والشفعة لا تنشئ حق الانتفاع . وإنما تنقل حق منتفع إلى منتفع آخر (١) .

فمالك الرقة ، إذا بيع حق الانتفاع الملابس للرقة : له أن يأخذ حق الانتفاع المبيع بالشفعة ، ومن ثم تكون الشفعة سببا من أسباب كسب حق الانتفاع . وفي هذا الفرض إذا أخذ مالك الرقة حق الانتفاع بالشفعة . اجتمع في يد شخص واحد الرقة وحق الانتفاع : فينتهى حق الانتفاع باتحاد اذمة ، ويصبح مالك الرقة مالكا للعقار ملكية كاملة ، وقد سبق أن فصلنا القول في ذلك عند الكلام في الشفعة (٢) .

وإذا كان حق الانتفاع شائعا بين شخصين ، وباع أحدهما حصته الشائعة لأجنبي ، فللشريك الآخر أن يأخذ هذه الحصة الشائعة بالشفعة ، ما لم يأخذها مالك الرقة إذ هو مقدم في المرتبة ، وقد سبق بيان ذلك تفصيلا عند الكلام في الشفعة (٣) . فإذا لم يتقدم مالك الرقة لأخذ الحصة الشائعة في حق الانتفاع بالشفعة ، وأخذها الشريك المشتاع ، كانت الشفعة هنا أيضا سببا لكسب جزء شائع في حق الانتفاع .

« الوصية ولا وقت موت الموصى (أنظر آتفاً فقرة ٧٤) - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٣ .

وانظر في القانون الفرنسى أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٨ ص ٦٣٦ - بودرى وشوفو

فقرة ١٤٥ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٦٧ .

(١) أنظر آتفاً فقرة ٤٨٣ .

(٢) أنظر آتفاً فقرة ١٨٠ .

(٣) أنظر آتفاً فقرة ١٨١ .

٤٨٧- السبب الرابع- التقادم : ويقصد بالتقادم هنا التقادم المكسب القصير في العقار ، وتضاف إليه الحيازة في المنقول ، وكذلك التقادم المكسب الطويل في العقار والمنقول .

فالتقادم المكسب القصير في العقار يكسب به حق الانتفاع المترتب على عقار . ويتحقق ذلك إذا رتب شخص على عقار لا يملكه حق انتفاع لمصلحة شخص آخر حسن النية ، فإذا بقي هذا الشخص الآخر حائزاً لحق الانتفاع خمس سنوات ، فإنه يكسبه بالتقادم القصير ، ويكون هذا التقادم إذن سبباً في كسب حق الانتفاع ابتداءً ، أى في إنشاء حق الانتفاع .

وإذا فرض أن هناك منقولا بدلاً من العقار ، ورتب عليه غير المالك حق انتفاع لمصلحة شخص آخر . فحيازة هذا الشخص لحق الانتفاع على المنقول تحسن نية يكسبه حق الانتفاع بمجرد الحيازة ، فتكون الحيازة في هذا الفرض سبباً لكسب حق الانتفاع ابتداءً .

أما كسب حق الانتفاع بالتقادم الطويل فيصعب تصور وقوعه عملاً . وإذا حاز شخص عقاراً أو منقولاً وهو سىء النية ، وبقي حائزاً له مدة خمس عشرة سنة ، فهو لا يقف بداهة عند القول بأنه إنما حاز حق انتفاع فحسب ، ما دام الباب أمامه مفتوحاً للقول بأنه حاز حق ملكية كاملة ، وأنه كسب ملكية العقار أو المنقول ، لا حق انتفاع فحسب ، بالتقادم الطويل . وتفترض عادة صورة أخرى ، فيها يرتب غير المالك على العقار أو المنقول حق انتفاع لشخص سىء النية ، فيبقى هذا الشخص حائزاً لحق الانتفاع مدة خمس عشرة سنة ، فيكسب هذا الحق ابتداءً بالتقادم الطويل (١) . وهذا الفرض أيضاً بعيد الوقوع في العمل . ويمكن أن نتصور فرضاً أقرب وقوعاً ، هو أن يوجر صاحب حق الانتفاع حقه ، ثم يغير المستأجر صفة حيازته لحق الانتفاع الذي استأجره من حيازة عرضية إلى حيازة أصلية ، ويستمر حائزاً لحق الانتفاع على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة ، فيكسب الحق بالتقادم الطويل ، ويكون التقادم هنا سبباً لنقل حق الانتفاع لا لإنشائه ، إذ ينتقل

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧٠ - إسماعيل غانم ص ٨ - عبد المنعم البهراوى

هذا الحق من صاحبه الأصل وهو المؤجر إلى المستأجر الذى كسبه بالتقادم .

٤٨٨ - مطالبة المنتفع بحقوق الانتفاع بعد كسبه : وإذا كسب شخص

حق الانتفاع بسبب من أسباب كسبه الى سبق بيانها ، فانه يستطيع أن يطالب بهذا الحق عن طريق دعويين ، الأولى عينية والأخرى شخصية .

فالدعوى العينية تكون للمنتفع ضد أى حائز لحق الانتفاع ، سواء كان هذا الحائز هو الذى أعطى حق الانتفاع للمنتفع أو كان وارثاً له ، أو كان من الغير . فالمنتفع يتتبع حقه فى أى يد كان هذا الحق ، كما يتتبع المالك ملكه . وكما يرفع المالك دعوى الملكية على أى حائز وتسمى دعواه بدعوى الاستحقاق (action en revendication) ، كذلك يرفع المنتفع دعوى حق الانتفاع على أى حائز وتسمى دعواه بدعوى الإقرار بحق الانتفاع action confessoire d'usufruit^(١) .

والدعوى الشخصية تعطى للمنتفع إذا كان قد كسب حق الانتفاع بعقد فيطالب من تعاقد معه بدعوى العقد ، أو كسبه بوصية فيطالب الورثة بدعوى الوصية ، أو كسبه بالشفعة فيطالب البائع لحق الانتفاع بدعوى التسليم المستمدة من عقد البيع . والدعوى الشخصية لا تجب الدعوى العينية وإنما توجد إلى جانبها .

ويتسلم المنتفع العين بالحالة التى تكون عليها وقت أن يتسلمها، وليس له أن يطلب من مالك الرقبة أن يسلمها إياه فى حالة جيدة^(٢) . ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يتفق المنتفع مع مالك الرقبة على أن يسلمه العين فى حالة جيدة^(٣) .

(١) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٧٢ - وإذا رفع المالك دعوى على الحائز الذى يدعى أن له حق انتفاع على العين ، يتسك فيها بإنكار حق الانتفاع على الحائز ، سميت الدعوى بدعوى إنكار حق الانتفاع action négative d'usufruit .

(٢) أنظر المادة ٦٠٠ مكرر فرنسى .

(٣) ولا يجوز لمالك الرقبة أن يتصرف فى العين لمصلحة خاصة مع الإضرار بمصلحة المنتفع ، فلا يجوز له مثلاً أن يبيع المقار المنتفع به لإجراء قسمة التصفية (licitation) ، بحيث يتحول حق المنتفع من المقار إلى ما يقابله من الثمن . وإذا تقرر للمنتفع من ذلك ولم يقبله ، فإن حق انتفاعه على المقار يبقى بالرغم من البيع (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ملش ٢ مكرر - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٧٣) .

الفرع الثاني

الاثار التي تترتب على قيام حق الانتفاع

المبحث الأول

آثار حق الانتفاع بالنسبة إلى المنتفع

٤٨٩ - نص قانوني : تنص المادة ٩٨٦ مدني على ما يأتي :

« يراعى في حقوق المنتفع والتزاماته السند الذي أنشأ حق الانتفاع وكذلك الأحكام المقررة في المواد الآتية » (١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ١٩ / ٣٨ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل . وفي التقنين المدني الليبي م ٩٩١ . وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٥١ . وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٣) .

ويفهم من هذا النص أن حقوق المنتفع والتزاماته ، وهذه هي الآثار التي تترتب على قيام حق الانتفاع بالنسبة إليه ، ترد عادة في السند الذي أنشأ حق الانتفاع . فترد في العقد إذا كسب حق الانتفاع بعقد ، أو في الوصية إذا كسب بوصية ، أو في عقد البيع المشفوع فيه إذا كسب بالشفعة . أما إذا كسب حق الانتفاع بالتقادم ، فأعمال الحيازة التي أدت إلى التقادم هي التي تحدد مدى حق الانتفاع الذي كسب بهذا السبب .

وإلى جانب ما يرد في السند ، توجد أحكام قررها القانون نجب مراعاتها . وأغلب هذه الأحكام لا تعتبر من النظام العام ، فتراعى ما لم يرد

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٦١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٨ ، فجلسه الفروع تحت رقم ٩٨٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٤ - ص ٥٣٥) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٨ / ١٩ : تراعى فيها يكون لصاحب حق الانتفاع من الحقوق وما يترتب عليه من الواجبات شروط العقد المترتب عليه حق الانتفاع والأصول المقررة في المواد الآتية . (وحكم التقنين المدني السابق يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٩١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٥١ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

في السند ما يخالفها . وبعضها يعتبر من فنظام العام فتجب مراعاته حتماً ، ويطل ما يرد مخالفاً له في السند . والأصل أن الأحكام التي وردت في القانون ليست من النظام العام ، فيجوز أن يرد في السند ما يخالفها ويعمل بما ورد في السند . أما الأحكام التي تعتبر من النظام العام ولا يجوز مخالفتها ، فطبيعتها تنم عليها وتسهل معرفتها .

ونرجع إلى الأحكام التي وردت في القانون لتحديد آثار قيام حق الانتفاع بالنسبة إلى المتفع ، وهذه الآثار تتمثل في حقوق تثبت له ، وفي التزامات تترتب في ذمته . أما الحقوق التي تثبت له ، فترجع كلها إلى ما له على العين من حق عيني هو حق الانتفاع ، فهي تبين مدى هذا الحق . وأما الالتزامات التي تترتب في ذمته ، فقد تنشأ من سند حق الانتفاع . والالتزامات التي وردت في الأحكام التي قررها القانون ، وهي التي تعيننا هنا ، تنشأ من واقعة مادية هي أن رقبة العين المتفع بها في يد المتفع ، فيوجب عليه القانون التزامات تهدف إلى المحافظة على العين والعناية بها حتى ترد إلى صاحبها . فهي إذن التزامات مصدرها القانون ، وتترتب في ذمة المتفع نحو مالك الرقبة .

ونتكلم في حقوق المتفع ، ثم في التزاماته .

المطلب الأول

حقوق المتفع

٤٩٠ - مدى هذه الحقوق : للمتفع حق عيني في العين المتفع بها هو حق الانتفاع ، ومنه تنفرع جميع الحقوق للمتفع كما قلنا .

وحق الانتفاع يجرى حق الملكية . فهذا الحق الأخير يشتمل على عناصر ثلاثة هي الاستعمال والاستغلال والتصرف ، يقطع منها حق الانتفاع المتصرفين الأولين وهما الاستعمال والاستغلال ، ويبقى المتصرف الثالث وهو التصرف لمالك الرقبة .

وما للمتفع من حق استعمال الشيء المتفع به وحق استغلاله يوليه على الشيء سلطة تحول له أن يقوم بإدارته ، وأن يتصرف في حق الانتفاع دون حق الرقبة ، وأن يباشر ما يقتضي كل ذلك من الدعاوى .

فتكلم في حق المتفع في استعمال الشيء واستغلاله ، ثم في مدى سلطة المتفع على الشيء المتفع به .

§ ١ - من المتفع في استعمال الشيء واستغلاله

٤٩١ - من المتفع في استعمال الشيء : وللمتفع الحق في استعمال

الشيء المتفع به على النحو الذي يستعمل به المالك ملكه ، فقد حل المتفع بموجب حق الانتفاع محل المالك في استعمال الشيء . فله إذن أن يستعمل الشيء في كل ما أعد له ، وفي كل ما يمكن أن يستعمل فيه . وعلى ذلك يستطيع أن يستعمل الشيء استعمالاً شخصياً ، فإذا كان داراً كان له أن يسكنها ، أو سيارة كان له أن يركبها ، أو ملابس كان له أن يرتديها ، أو مجوهرات كان له أن يتقلدها (١) . ولكنه ، على خلاف المالك ، لا يستطيع أن يصل في الاستعمال إلى حد استهلاك الشيء أو إتلافه ، فانه ملزم بالمحافظة عليه لرده بعد انتهاء حق الانتفاع (٢) . ويتقيد المتفع ، كما يتقيد المالك ، بالقيود التي فرضها القانون في استعمال الشيء . فلا يجوز أن يفتح مطلاً على الجار إلا في المسافة التي حددها القانون ، ولا أن يستعمل العقار الذي ينتفع به استعمالاً من شأنه أن يضر بالجار ضرراً غير مألوف .

وكما يجوز للمتفع أن يستعمل الشيء ذاته ، يجوز له أيضاً أن يستعمل ملحقاته . فله أن يستعمل حقوق الارتفاق التابعة للأرض المتفع بها ، من

(١) وإذا كان الشيء المتفع به أرضاً زراعية ، كان له أن يزرعها بنفسه أو بواسطة غيره ، ولكن هذا يكون استغلالاً لا استعمالاً . وللمتفع الحق في الصيد والقتص في الأرض المتفع بها هو وغيره ممن يدعوهم لذلك ، ويكون هذا استعمالاً . وذلك ما لم يكن المالك قد سبق له إيجار الحق في الصيد والقتص ، فيجب عندئذ على المتفع احترام عقد الإيجار ، ولكن يكون له الحق في الأجرة طول مدة الانتفاع (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧٥ ص ٧٦٨) .

(٢) وقد لا يستعمل المتفع الشيء بنفسه ، بل يدعو غيره إلى استعماله تبرعاً دون مقابل ، كأن يستضيف بعض ضيوفه للإقامة في الدار التي ينتفع بها ، أو يبيع السيارة التي له فيها حق الانتفاع . أما إذا نزل عن الاستعمال لغير بمقابل ، فإن هذا يكون استغلالاً لا استعمالاً (أنظر في حق الاستعمال المحول للمالك الوسيط ٨ فقرة ٢٩٩) . وقد قلنا أنه إذا كان الشيء المتفع به قابلاً للاستهلاك كما هو الأمر في شبه حق الانتفاع ، انتقلت ملكية الشيء إلى المتفع ، وجاز له استهلاكه والتصرف فيه ، حل أن يرد مثله أو قيمته عند نهاية حق الانتفاع (أنظر أيضاً فقرة ١٧٧) .

شرب ومجرى وميل ومرو وغير ذلك (١) . وله كذلك أن يستعمل المنقولات الملحقة بالشيء ، سواء اعتبرت عقارات بالتخصيص أو لم تعتبر ويمتد حقه إلى ما يتراكم من الطمي بطريقة تدرجية غير محسوسة ملاصقة للأرض المنتفع بها (alluvion) إذ تصبح الأرض المتكونة من هذا الطمي ملكاً لمالك الأرض (م ٩١٨ مدني) (٢) فيشملها حق الانتفاع . أما طرح النهر والجائر التي تتكون في مجراه ، فلا ينفصلها حق الانتفاع لأنها لا تصبح ملكاً لمالك الأرض ، بل تخضع لقوانين خاصة (م ٩٢١ مدني) (٣)

٤٩٢ - من المنتفع في استغلال الشيء : ويخول حق الانتفاع للمنتفع

أن يستغل الشيء ، والحق في الاستغلال هو الذي يميز حق الانتفاع عن حق الاستعمال وحق السكنى حيث لا يجوز فيما للمنتفع أن يستغل الشيء . والاستغلال قد يكون مباشراً ، كأن يزرع المنتفع بنفسه الأرض التي ينتفع بها ويحني ثمارها . وقد يكون غير مباشر ، عن طريق جعل الغير يحني ثمار الشيء ويدفع المنتفع مقابل ذلك . فالمنتفع بمنزل يؤجره للغير ، فيحني ثماره في صورة الأجرة . والمنتفع بأرض زراعية يؤجرها لمن يزرعها ، ويقبض الأجرة هو أيضاً وهذه هي غلة الأرض . وقد يؤجر المنتفع الأرض الزراعية مزارعة ، فيحصل على جزء من المحصول هو غلة الأرض بالنسبة

(١) وتنص المادة ٩٤٣ من التقنين المدني السوري على ما يأتي : «المنتفع حق الاستعمال القائم باستخدام العقار لاستنائه الذاتي ، أو لصالحه الشخصي . ويكون هذا الحق شاملاً شمول حق مالك العقار ، ويدخل في ذلك استعمال حقوق الارتفاق ، وكذلك حق الصيد والقتل ، مالم يكن صاحب العقار قد أجر هذه الحقوق قبل إنشاء حق الانتفاع » . وتنص المادة ٣٩ من قانون الملكية العقارية اللبناني على أن «المنتفع حق الاستعمال ، أي استعمال العقار لمنفعته الذاتية أو لمصلحته الشخصية . ويلزم هذا الحق إلى الحد الذي يذهب إليه حق صاحب الملك ، ويشمل حق استعمال الارتفاق وحق الصيد والقتل ، مالم يكن صاحب العقار قد أجر هذه الحقوق قبل إنشاء حق الارتفاق » .

وانظر بلافيول وديير وبولانجييه ١ فقرة ٣٥١٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٩٤ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٩٥ - وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٠ - ص ٦٦١ -

بلافيول وديير ويكلر ٣ فقرة ٧٧٥ ص ٧٦٩ .

إليه ، دون أن يقوم هو نفسه بالزراعة (١) . ويرد على الاستغلال ، كما يرد على الاستعمال ، قيود يفرضها القانون . من ذلك ما يفرضه قانون إيجار الأماكن من تعيين حد أقصى للأجرة : ومن ضرورة استبقاء المستأجر حتى بعد انتهاء الإيجار فلا يستطيع طلب الإخلاء إلا لأسباب معينة حددها القانون . ومن ذلك ما يفرضه قانون الإصلاح الزراعي من تحديد أجرة الأرض الزراعية بسبعة أمثال الضريبة ، ومن ضرورة استبقاء المستأجر في الأرض . وفي المزارعة لا يجوز للمتفع أن يأخذ أكثر من نصف المحصول ، ويجب أن يبقى للمزارع نصف المحصول على الأقل (٢) .

٤٩٣ - من المتفع في الاستغلال يجعل ثماره في الثمار - نصي

قانوني : وقد رأينا مما تقدم أن حق المتفع في استغلال الشيء المتفع به يتفرع عنه حقه في المحصول على ثماره . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٩٨٧ مدني إذ تقول :

« تكون ثمار الشيء المتفع به من حق المتفع بنسبة مدة انتفاعه ، مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣ » (٣) .

(١) وقد يستغل المتفع المياه المعدنية الموجودة في الأرض التي ينتفع بها ، بأن يبيعها ويقبض ثمنها ويعتبر هذا الثمن غلة للأرض . أنظر في استغلال المالك للملكة الوسيط ٨ فقرة ٣٠٢ .
(٢) وقد يضع القانون قيوداً على زراعة الأرض ، فيحدد مثلا المساحة التي يجب أن تزرع قطناً ، ويحظر زراعة الأرز إلا في مناطق معينة . وإذا أراد المتفع استغلال محل معلق لقراءة أو غار بالصحة ، وجب عليه استيفاء شروط معينة والمحصول على ترخيص إداري . كذلك إذا أراد المتفع استغلال صيدلية ، وجب عليه أن يقيم فيها صيدلياً مؤهلاً ، إل غير ذلك من قيود متنوعة ترد على الاستغلال . أنظر في القيود التي ترد على استغلال المالك للملكة الوسيط ٨ فقرة ٣٠٢ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٤١ من المشرع المنهني على الوجه

الآتي : « تكون ثمار الشيء المتفع به من حق المتفع على قدر مدة انتفاعه ، كما أن للمتفع الحق في الثمار الطبيعية القائمة عند بدء الانتفاع دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير ، أما الثمار التي تكون قائمة وقت انتهاء حق الانتفاع فهي من حق المالك ، حل أن يوفي كل منهما الآخر ما أنفقه . وفي لجنة المراجعة عدلت المادة تمديداً جعلها مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمها ١٠٦٢ في المشرع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٥ - ٥٣٧) .»

وقد سبق أن ميزنا بين الثمار (fruits) والمنتجات (produits) .
فالثمار هي ما ينتجه الشيء من غلة دورية متجددة ، وهي مع ثمرعها عن
الشيء لا تمس أصله ولا تنقص منه . والمنتجات هي ما يخرج من الشيء في
أوقات متقطعة غير منتظمة ، فهي على خلاف الثمار غير دورية ولا متجددة ،
وتمس أصل الشيء وتنقص منه ^(١) . وسبق أيضاً أن قسمنا الثمار إلى ثمار
طبيعية ، وثمار صناعية أو مستحدثة ، وثمار مدنية ^(٢) .

— ولما قابل النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٤٤ : ١ — المنتفع الحق بثمار العقار ، أي بالحصائل
الطبيعية أو النقدية التي يغلها العقار في فترات معينة منتظمة بدون أن تنقص تلك الثمار شيئاً
من جوهر العقار ، ويدخل في هذه الحصائل بدل تأجير حق الصيد والقتل . ٢ — ويدخل
في حكم الثمار حصائل المناجم المكشوفة والمناجم المستورة والمقالع ، إذا كانت هذه الحصائل
عائلة لمالك العقار ، بشرط أن يكون المنجم أو المقلع قد فتح قبل بدء الانتفاع ، والأشجار
إذا كانت تغل بأجال منتظمة لاستهلاك حطبها أو يبيعها .

م ٩٤٥ : ١ — في بدء الانتفاع وعند نهايته ، يصير توزيع ثمار التي لم تكن قد جمعت
بمد أو ما كان منها باقياً بدون جمع بين المنتفع ومالك العقار بنسبة المدة التي كان فيها حق
الانتفاع قائماً والمدة التي لم يكن قائماً فيها ، مع مراعاة مدة الإنتاج السنوية أو غير السنوية
المقابلة للثمار . ٢ — ليس لمالك العقار على المنتفع ، ولا لمنتفع على مالك العقار ، حق استرداد
شيء من نفقات الحراثة ، وإنما يحسب له ثمن الأسمدة والبذار التي تكون قد استعملت لتحضير
الثمار النائمة على الأرض عند ابتداء الانتفاع أو عند نهايته .

(والتقنين السوري اتبع طريقة معقدة في توزيع الزرع القائم وقت بداية الانتفاع
أو عند نهايته بين المالك والمنتفع) .

التقنين المدني الليبي م ٩٩١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٥٢ : لمنتفع أن يستعمل الشيء المنتفع به وثوابه ، وله
أن يتولى عمل ثماره مدة انتفاعه . وله نتائج المواشي ، وعليه أن يعرض منها ما نفق من الأصل .
(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٤٠ (مطابقة للمادة ٩٤٤ مدني سوري وقد أخذت هذه

المادة الأخيرة منها) .

م ٤١ (مطابقة للمادة ٩٤٥ مدني سوري وقد أخذت هذه المادة الأخيرة منها) .

(وقد أخذ التقنين السوري من القانون اللبناني ، وما قيل هناك يقال هنا) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٦٦ — وانظر الوسيط ٨ فقرة ٣٦٣ — فقرة ٣٦٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٦٦ .

والأصل أن يكون للمنتفع الحق في الثمار ، لا في المنتجات . ويكون له الحق في جميع الثمار ، سواء كانت طبيعية أو صناعية أو مدنية . ويدخل في الثمار المدنية ، فتكون من حق المنتفع ، فوائد رؤوس الأموال ، سواء نتجت عن قرض ، أو عن إيراد مرتب ، أو عن أسهم أو حصص في الشركات ، فتكون أرباحها للمنتفع . ويستحق المنتفع الثمار ، كما تقول المادة ٩٨٧ سالفه الذكر ، بنسبة مدة انتفاعه .

فاذا كانت الثمار مدنية ، كان من اليسر حساب ما يستحقه المنتفع من هذه الثمار . ففي أجرة الدار مثلا ، يستحق المنتفع الأجرة شهراً فشهراً إذا كان ميعاد استحقاقها شهرياً . فاذا بدأ حق الانتفاع في اليوم السادس عشر من الشهر مثلا ، كان ما يستحقه هو أجرة باقى أيام الشهر ثم أجرة الشهور التالية إلى أن ينتهى حق الانتفاع . فاذا انتهى في اليوم العاشر من الشهر مثلا ، استحق المنتفع عن هذا الشهر الأخير أجرة عشرة الأيام التى انتهى بانقضائها حقه . أما إذا كانت الثمار طبيعية أو صناعية ، فقد كان المشروع التهيدى للمادة ٩٨٧ مدنى سالفه الذكر تنص على أن للمنتفع الحق في الثمار الطبيعية القائمة عند بدء الانتفاع دون إخلال بالحقوق التى كسبها الغير ، أما الثمار التى تكون قائمة وقت انتهاء الانتفاع فهى من حق المالك ، على أن يوفى كل منهما الآخر ما أنفق وعسب هذا النص يكون للمنتفع الحق في الثمار الطبيعية والصناعية ما كان قائماً منها في الأرض وقت بدء الانتفاع ، على أن يرد للمالك ما سبق له أن أنفقه في إنتاج هذه الثمار ، ثم يكون له الحق فيما يتجدد من هذه الثمار طول مدة الانتفاع ، وهو الذى ينفق طبعاً على إنتاجها . فاذا انتهى حق الانتفاع ، وكان في الأرض زرع قائم وقت انتهاء الحق ، فالزرع للمالك ، وعليه أن يرد للمنتفع ما سبق له أن أنفق في إنتاجه (١) . ولكن المشروع

(١) أما التقنين المدنى الفرنسى فلا يجعل المالك يرجع بما أنفق على إنتاج الزرع القائم في الأرض وقت بدء حق الانتفاع ، ولا يجعل المنتفع يرجع بما أنفق على إنتاج الزرع القائم في الأرض وقت انتهاء حق الانتفاع ، فكأنه يجعل ما أنفق المالك قصاصاً فيما أنفق المنتفع . وهذا يصح لو أن هناك زرعاً قائماً وقت انتهاء حق الانتفاع بقدر الزرع الذى كان قائماً وقت بدء الانتفاع . ولكن يقع كثيراً أن الأمر لا يكون على هذا النحو ، فيخسر المالك أو يخسر المنتفع بحسب الأحوال (انظر م ٥٨٥ مدنى فرنسى - وانظر بلانبول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٨٠ ص ٧٧٤) . أما الثمار المدنية فتكسب يوماً بيوماً في التقنين الفرنسى ، كما هو الأمر في التقنين المصرى (انظر م ٥٨٦ مدنى فرنسى) .

المتهدى لنص المادة ٩٨٧ مدنى عدل فى لجنة المراجعة ، واستقر نهائياً على ما هو عليه من أن « ثمار الشئ المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه » ، وذلك سواء كانت الثمار مدنية أو صناعية أو طبيعية (١) . فأصبح من المتعين أن تكون الثمار الطبيعية والصناعية مستحقة للمنتفع « بنسبة مدة انتفاعه » (٢) . فإذ لم يكن فى الأرض زرع قائم لا وقت بداية حق الانتفاع ولا عند نهايته ، وتولى المنتفع زراعة الأرض طول مدة الانتفاع ، فهو الذى ينفق على إنتاجه ، ويكون الزرع له . وإذا كان فى الأرض زرع قائم عند نهاية حق الانتفاع ، فقد أحوالت المادة ٩٨٧ مدنى سائلة الذكر فى شأنه إلى المادة ٩٩٣ / ٢ مدنى وتنص على ما يأتى : « وإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المنتفع بزرع قائم ، تركت الأرض للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع ، على أن يدفعوا أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن » . فالنص يقضى بأن ترك الأرض للمنتفع بالرغم من انتهاء حق الانتفاع إذا كان فيها

(١) انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش .

(٢) وكان نص المشروع المتهدى يقضى بما قلناه فى المتن ، ولم يراع ما تقضى به المادة ٩٩٣ / ٢ مدنى فيما إذا وجد زرع قائم عند نهاية حق الانتفاع . وقد استدركت المذكرة الإيضاحية لمشروع المتهدى هذا السهو ، وذكرت أن الثمار إذا كانت طبيعية أو صناعية فللمنتفع « القائم منها وقت بدء الانتفاع » دون إخلال بحقوق الغير كما إذا كانت الثمار قد ألحقت بالمعار ، على أن يرد إلى مالك الرقبة ما أنفق . وله أيضاً ما قبض منها طول مدة الانتفاع ، أما القائم عند نهاية الانتفاع فيراعى فيه الحكم الوارد فى المادة ١٢٤٨ فقرة ثانية ، فتترك الأرض للمنتفع أو الورثة إلى حين إدراك الزرع ، على أن يدفعوا أجرة المثل عن هذه الفترة من الزمن . ويجب تعديل المادة ١٢٤١ حتى تؤدى هذا المعنى فتستقيم النصوص ، ولا تتعارض المادة ١٢٤١ (م ٩٨٧ مدنى) مع المادة ١٢٤٨ / ٢ (م ٩٩٣ / ٢ مدنى) . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٦ - ص ٥٣٧) . وفى واقع أن لجنة المراجعة عدلت المادة ٩٨٧ مدنى بحيث جعلتها متسقة مع المادة ٩٩٣ / ٢ مدنى فى حالة الزرع القائم عند نهاية مدة الانتفاع كما تشير المذكرة الإيضاحية ، ولكنها تركت حالة الزرع القائم عند بداية الانتفاع إلى حكم القاعدة العامة وهى استحقال المنتفع لهذا الزرع « بنسبة مدة انتفاعه » ، ولم تراعى ما كان ينبغى من التنسيق بين حكم الزرع القائم وقت بداية حق الانتفاع وحكم الزرع القائم عند نهاية هذا الحق . وهذا التنسيق كان يقتضى ، فى حالة حكم الزرع القائم وقت بداية حق الانتفاع ، أن تترك الأرض للمالك بالرغم من بداية حق الانتفاع ، وذلك إلى أن يدرك الزرع ، على أن يدفع المالك فى مقابل ذلك للمنتفع أجرة الأرض فى المدة ما بين بداية حق الانتفاع وإدراك الزرع .

زرع قائم ، وذلك إلى أن يدرك الزرع . وفي مقابل ذلك يدفع المنتفع للمالك أجرة مثل الأرض في الفترة من الزمن ما بين انتهاء حق الانتفاع وإدراك الزرع . ولم يرد نص مماثل فيما إذا كان في الأرض زرع قائم وقت بداية حق الانتفاع ، وكل ما تقوله المادة ٩٨٧ مدني في هذا الفرض أن المنتفع يستحق من هذا الزرع « بنسبة مدة انتفاعه » . وهذا يقتضي أن نحسب المدة التي بقي فيها الزرع في الأرض ، وهي مده بعضها سابق على بداية حق الانتفاع وبعضها لاحق ، ويكون الزرع شركة فيما بين المالك والمنتفع ، المالك بنسبة المدة السابقة على بداية حق الانتفاع ، والمنتفع بنسبة المدة اللاحقة ، على أن يساهم المنتفع في تكاليف البذر والسماد والعمل بنسبة مدة انتفاعه (١) . وكان من الخير أن يقاس هذا الفرض الذي نحن بصددده على الفرض الذي يكون فيه زرع في الأرض قائم عند انتهاء حق الانتفاع ، فترك الأرض للمالك بالرغم من بداية حق الانتفاع ، وذلك إلى أن يدرك الزرع . ويدفع المالك للمنتفع في مقابل ذلك أجرة مثل الأرض في الفترة ما بين بداية حق الانتفاع وإدراك الزرع .

٤٩٤ - استعراض بعض حالات عملية حوزة المنتفع في المستقول :

وقبل أن ننهي من الكلام في حق المنتفع في الاستغلال ، نستعرض بعض حالات عملية لهذا الحق ، اثنتان منها ورد فيهما نص في التقنين المدني وهما حالتا حق الانتفاع بقطيع من المواشي وحق الانتفاع بعقار عثر فيه على كثر ، واثنتان أخريان لم يرد فيهما نص وهما حالتا حق الانتفاع بالمتجر وحق الانتفاع بالأشجار والحصص والسندات (٢) .

(١) عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٢٨ ص ٢٧١ - إسماعيل غانم ص ١١ - وفارن محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٢٥٠ ص ٢١٩ .

(٢) وقد زخرت نصوص التقنين المدني الفرنسي المتعلقة بحق الانتفاع بكثير من الحالات التي ألهمها التعامل في فرنسا ، ويندر وجودها في مصر . من ذلك نصوص كثيرة تتعلق بحق الانتفاع بالغابات والأشجار وهي منتشرة في فرنسا ، ومن ذلك أيضاً نص يتعلق بالمتاجم والمهاجر وقد أصبح نادر التطبيق بعد صدور تشريعات خاصة في فرنسا وفي مصر تنظم استغلال المتاجم والمهاجر . ونقف من هذه النصوص عند نص يتعلق بحق الانتفاع بالإيراد المرتب مدى الحياة ، فقد نصت المادة ٨٨٨ مدني فرنسي على أن « حق الانتفاع بالإيراد المرتب مدى الحياة يحمل الحق للمنتفع في أن يتقاضى أنساط المرتب في أثناء المدة التي يقرر فيها حق الانتفاع ، دون أن يكون ملزماً برده

٤٩٥- من الانتفاع بقطع من المواشي : ورد في حق الانتفاع

بقطع من المواشي نص ، هو العبارة الأخيرة من المادة ٩٩٢ / ٢ مدني ، ونجرب على الوجه الآتي : « وله (للمنتفع) نتاج المواشي بعد أن يعوض منها ما نفق من الأصل بمحدث مفاجيء » . وكان التقنين المدني السابق يشتمل على نص مماثل ، فكانت المادة ٢٣ / ٤٢ من هذا التقنين تنص على ما يأتي : « الزيادة التي تحصل من نتاج المواشي تكون للمنتفع ، وإنما بعد أن يستعوض من التناج ما نفق من الأصل بأقصة مساوية » . ويؤخذ من هذه النصوص أن القطيع من المواشي إذا ترتب عليه حق انتفاع ، وجب أن ينظر إليه ك مجموع من المال ذي وجود فعلي (*universalité de fait*) كالشجر ، لا كأفراد من رؤوس الغنم كل فرد منها مستقل عن الأفراد الأخرى (*ut singuli*) (١) .

ويترتب على ذلك أن المنتفع يكون له ثمار هذا القطيع من المواشي ك مجموع ، فينتفع بألبانها وبأصوافها وبتسميدها للأرض . ويكون له فوق ذلك نتاج هذا القطيع ، وإذا كان هناك خلاف في الرأي فيما إذا كان نتاج

شئ ما . والحكم الذي أوردته هذا النص يحسم إشكالا من الصعب حله . فالمنتفع بالإيراد ينحصر حقه ، طبقاً لقواعد العامة ، في أن يتقاضى فوائد هذا الإيراد مدة بقاء حق الانتفاع . ولما كان الإيراد هو مجموع أساطه ، وهذا المجموع لا يمكن معرفته إلا عند موت صاحب الإيراد ، فكان ينبغي انتظار موت هذا الأخير حتى يعرف مجموع أساط الإيراد ، وإعطاء المنتفع فوائد هذا المجموع من الأساط طوال المدة التي يبقى فيها حق الانتفاع . وليس هذا بالحل العملي ؟ لنفك لجأ المشرع الفرنسي إلى شيء من التحكم ، وقضى بإعطاء المنتفع أساط المرتب التي حلت وقت بقاء حق الانتفاع (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧٦ ص ٧٧٠) . ولا يوجد في مصر نص مماثل لنص التقنين المدني الفرنسي سالف الذكر ، ولا يمكن الأخذ بالحل الذيورد في التقنين المدني الفرنسي دون نص . فلا مناص من القول بأن صاحب الإيراد يقبض الأساط ، ويعطى المنتفع الفوائد بالسعر القانوني ، لا للأساط التي حلت فحسب . بل لجميع رأس المال الذي دفع مقابل الإيراد أو الذي كان يجب دفعه في حالة ما إذا رتب الإيراد دون مقابل (انظر في هذا المعنى بودري وشوفو فقرة ٥٩٧ ص ٣٩٠ - وانظر حلا آخر في كولان وكابيتان ودي لامورافير ١ فقرة ١٠٨١ ص ٨٧٥) .

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٦ ص ٧١٢ - بودري وشوفو فقرة ٧٢٣ - بلانيول

وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٨٩ .

الحيوان يعتبر من الثمار الطبيعية أو من المنتجات (١) ، فإن نص المادة ٩٩٢/٢ مدني سالف الذكر صريح في أن نتاج المواشي ، سواء اعتبر من الثمار الطبيعية أو من المنتجات ، يكون للمنتفع . ولكن النتاج لا يخلص له كاملاً ، بل عليه أولاً أن يعرض منه ما نفق من القطيع بحادث مفاجيء حتى يستكمل القطيع عدده . وهذا يدل على أن النتاج مندمج في مجموع القطيع ، وأن ما يستحدثه القطيع يعرض ما فقد ، ولا يخلص للمنتفع كثمار للقطيع إلا الباقي من النتاج بعد إجراء هذا التعويض . ولا يشترط أن يكون التعويض من النتاج الذي يوجد بعد نفوق ما نفق من الأصل ، بل يكون التعويض أيضاً من النتاج الذي وجد قبل ذلك ، بل من ثمن هذا النتاج إذا كان المنتفع قد تصرف فيه وقت أن كان أصل القطيع كاملاً (٢) . أما إذا كان ما نفق من القطيع لم ينفق بحادث مفاجيء ، بل بخطأ الغير ، كان هذا الغير هو المشول عن التعويض . وإذا كان النفوق بخطأ المنتفع نفسه ، كان هذا مشولاً عن التعويض كاملاً ولو زاد ما نفق على مقدار النتاج ، ولا يقف التعويض عند حدود مقدار النتاج كما هو الأمر فيما إذا كان النفوق بحادث مفاجيء . وإذا نفق القطيع كله بحادث مفاجيء أو بمرض لا يد للمنتفع فيه ، لم يكن المنتفع ملزماً أن يرد للمالك إلا ما بقى نافعاً بعد نفوق القطيع كالجلود أو قيمتها إذا كان المنتفع قد تصرف فيها أو استهلكها (م ٦١٦ مدني فرنسي) . وللمنتفع أن يتصرف في أفراد الماشية إذا أصبحت غير صالحة لما أعدت له من نتاج أو ألبان ، على أن يعرض ما تصرف فيه منها بالنتاج أو ثمنه على النحو الذي قلّمناه في تعويض ما نفق من الماشية بحادث مفاجيء (٣) .

وإذا كان القطيع من المواشي ملحقاً بأرض زراعية ، وجب أن يعتبر القطيع تابعاً للأرض . وعلى ذلك لا يأخذ المنتفع نتاج المواشي إلا بعد أن

(١) انظر آتفاً فقرة ٤٦٦ - الوسيط ٨ فقرة ٣٦٣ ص ٥٨٩ هامش ١ وفترة ٣٦٤

ص ٥٩٠ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٦ وهامش ١٦ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٨٩ -

كولان وكاييتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٠٦٧ ص ٨٦٤ - عكس ذلك بودوى وشوفر فقرة ٧٢٤ .

(٣) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٦ ص ٧١٣ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٨٩ .

يعوض منها ، ليس فحسب ما نفق من القطيع على النحو المتقدم ، بل أيضاً بعد أن يعزز القطيع بالتاج بحيث يكون للقطيع دائماً صالحاً لمواجهة ما يقتضيه استغلال الأرض الزراعية وما تتطلبه حاجاتها (١) .

٤٩٦ - من ارتفاع عقار عثر فيه على كنز : هنا أيضاً ورد نص هو المادة ١/٨٧٢ مدني ، وتجري على الوجه الآتي : « الكثر المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يكشف ملكيته له ، يكون للمالك العقار الذي وجد فيه الكثر أو للمالك رقبته » . وقد قلنا عند الكلام في الاستيلاء كسب من أسباب كسب الملكية ، أنه إذا ترتب على العقار حق انتفاع ، وعثر شخص على كثر في العقار ، فإن الكثر لا يكون للمتفع ، إذ الكثر لا يعتبر ثماراً للعقار ، بل هو لا يعتبر جزءاً من العقار ، بل هو مال مستقل عنه ، ولا يصله بالعقار إلا أنه مال مدفون أو مخبوء فيه (٢) . وعلى ذلك يكون الكثر كله للمالك الرقبة ، حتى لو كان من عثر على الكثر ، مصادفة أو بعد بحث ، هو المتفع نفسه . ذلك أن العثور على الكثر لا يحول من عثر عليه ، في القانون المصري ، أي حق في الكثر (٣) .

٤٩٧ - من ارتفاع بالتجـر : ويعتبر المتجر (fonds de commerce) مجموعاً من المال إذا وجود فعلي (universalité de fait) ، كما رأينا في القطيع من الغنم . ذلك أن المتجر لا يتمتع بالشخصية المعنوية ، ولا يكون ذمة مالية مستقلة بل يدخل في عموم الذمة المالية لصاحب المتجر . ومن ثم لا يكون لهذا المجموع وجود قانوني ، بل ليس له إلا وجود فعلي كما سبق القول . ويشتمل المتجر كمجموع من المال على عناصر مختلفة : منها المادى كالبضائع والأثاث والمهمات ، ومنها غير المادى كالحق في الإيجار وحق الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والاسم التجاري والعلامة التجارية وبراءات الاختراع . وقد صدر القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع

(١) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٩٠ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦١ .

(٣) انظر في كل ذلك آنفاً فقرة ١١ .

المحال التجارية ورهنها ، وهو يجوز بيع المتجر ورهنه كجموع من المال ،
تيسيراً للائتمان التجارى والصناعى (١) .

ويجوز قياساً على ذلك أن يترتب حق انتفاع على المتجر ، باعتباره
مجموعاً من المال . ويقع حق الانتفاع على هذا المجموع ، لا ما يشتمل عليه
مع العناصر مستقلة بعضها عن بعض ، لأن هذه العناصر تنفى فيه ويصبح
المتجر كيان مستقل عن عناصره . فلو كان فى هذه العناصر أشياء قابلة
للاستهلاك كالبضائع ، فإنها لا تجعل المتجر كجموع شيئاً مادياً قابلاً للاستهلاك

تباً لها ، بل هى التى تنفى فى المتجر كما قلنا ، ويكون المتجر بالرغم من
وجود هذه الأشياء فيه مالا غير مادى . ويترتب على ذلك أن حق الانتفاع
بالمتجر لا يكون شبه حق انتفاع كما يكون حق الانتفاع بالأشياء القابلة للاستهلاك ،
فلا تنتقل ملكية المتجر إلى المنتفع كما تنتقل ملكية الأشياء القابلة للاستهلاك للمنتفع فى
شبه حق الانتفاع . وعلى ذلك لا يجوز للمنتفع أن يبيع المتجر لأنه لا يملكه ، وإنما
يجوز له أن يبيع حق الانتفاع به فحسب ، ولا يجوز لدائى المنتفع أن يحجزوا
إلا على حق الانتفاع بالمتجر ، فتبقى رقة المتجر خارجة عن الحجز ، وإذا
أفلس المنتفع فلا يدخل فى التفليس إلا حق الانتفاع بالمتجر (٢) :

ويكون للمنتفع بالمتجر الحق فى ثماره ، أى فى الحصول على أرباحه
(bénéfices) ، ولكن يجب عليه أن يخضم جزءاً من الأرباح يخصمه
للتعويض عن استهلاك الآلات وغيرها من المهمات ، إذ هو ملزم بالمحافظة
عليها وتجديدها . ويجب أيضاً أن يخضم جزءاً آخر من الأرباح يخصص
احتياطياً للمتجر ، ويستخدمه فى التقدم بالمتجر وفى توسيعه ، إذا كان هذا
الإجراء الاحتياطى هو ما جرى عليه مالك المتجر (٣) .

ويتولى المنتفع بالمتجر إدارته ، وإذا قصر فى ذلك جاز للمالك أن يطلب
بيع المتجر (٤) . ويجوز للمنتفع ألا يتولى الإدارة بنفسه ويكلها إلى غيره ،

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ١١١ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٦ هاش ٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٧ -
كولان وكاييتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠٦٦ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٩ .

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٦ ص ٧١٢ - بودرى وشوفو فقرة ٥٨٣ - بلانيول
وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٨ .

بل يجوز له أن يؤجر المتجر . أو أن يبيع حق انتفاعه به . وإدارة المتجر تتضمن الحق في بيع البضائع وشراء غيرها لبيعها . كما هو المألوف في إدارة المتاجر . ولا يرجع ذلك إلى أن المتفع قد تملك هذه البضائع باعتبارها شيئاً قابلاً للاستهلاك ، وإنما يرجع إلى أن بيع البضائع وشراء غيرها لبيعها داخل في نطاق سلطته في إدارة المتجر ^(١) . ويدخل أيضاً في نطاق سلطته في الإدارة أن يتعهد الآلات والمهمات بالصيانة ، وأن يبيع ما أصبح غير صالح منها أو صار قديماً لا يساير حركة التقدم . وأن يجدد ما يلي من هذه المهمات وأن يشتري ما أصبح المتجر في حاجة إليه من آلات ومهمات حديثة صالحة .

٤٩٨ - حق الانتفاع بالأسهم والمحصص والسندات : السهم في شركات المساهمة ، أو الحصة في بعض الشركات الأخرى كالشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات التوصية وشركات التضامن ، يغل ربيعاً يتفاوت بتفاوت أرباح الشركة . أما السند فهو دين على الشركة ، ويكون صاحبه دائئاً للشركة بمقدار قيمته الاسمية ، وهو يغل ربيعاً ثابتاً هو نسبة مئوية معينة من هذه القيمة الاسمية تعتبر فوائد لرأس المال الذي يمثله السند . فإذا ترتب حق انتفاع على سهم أو حصة أو سند ، كان للمتفع أن يتقاضى ما يغله السهم أو الحصة من ربح أو ما يدفع للسند من فوائد ^(٢) .

(١) بودرى وشوفو فقرة ٥٨٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٨ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٢٢ - اسماعيل غانم ص ٨ - كولان وكاييتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٠٦٦ (ويذهبون إلى أن المتفع يبيع البضائع ويحل محلها غيرها بموجب الحلول العيني) - وقارن مازو فقرة ١٦٥٣ (ويذهبون إلى أن المتفع يبيع البضائع لأنها قابلة للاستهلاك فيملكها كما في شبه حق الانتفاع) .

(٢) ويلاحظ أن الشركة ، عندما تحدد الأرباح التي توزعها على المساهمين أو على أصحاب الحصص ، تحتجز أولاً من الأرباح الصافية التي حققها جزءاً تخصصه لاستهلاك الآلات والمهمات ولتجديدها ، ثم تحتجز جزءاً آخر يجعله احتياطياً تواجه به الظروف المختلفة التي تمر بالشركة . وتخصص في نهاية الأمر ، طبقاً لنظام الشركة ، الجزء من الأرباح الصافية التي توزعها على المساهمين أو أصحاب الحصص فليجوز لهذا الجزء الأخير المخصص للتوزيع ، وهو الذي يمكن اعتباره ثماراً . وكأن المالك لا حق له إلا في هذا الجزء ، كذلك المتفع لا يتقاضى إلا هذا الجزء ثماراً للسهم أو الحصة ، شأنه في ذلك شأن المالك نفسه (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٩ ص ٧٨٤) .

وإذا وزعت الشركة جزءاً من احتياطياتها على المساهمين ، أو وزعت عليهم سندات إضافية اشترتها بجزء من رأس المال أو كانت تمثل حصة ساهمت بها الشركة في شركة أخرى ، اعتبر هذا جزءاً من رأس المال لا من الربح ، ويكون لمالك الرقبة ، وتكون فوائده فقط للمتفع (١) .

وإذا ربح السهم أو السند جائزة ، فهي لمالك الرقبة لأنها تعتبر جزءاً من رأس المال ، وليس للمتفع إلا فوائدها هذه الجائزة (٢) .

§ ٢- مدى سلطة المتفع على الشيء المنفع به

٤٩٩- أعمال الإدارة وأعمال التصرف ومباشرة الدعوى : وحق

يتمكن المتفع من الانتفاع بالشيء على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، فان له أن يقوم بالنسبة إلى هذا الشيء بأعمال الإدارة اللازمة لهذا الانتفاع (٣) . وله أيضاً أن يقوم بأعمال التصرف ، ولكن بالنسبة إلى حق الانتفاع وحده دون الرقبة فانه لا يملكها . وله أخيراً أن يباشر من الدعاوى ما هو متعلق بحق الانتفاع نفسه ، وما هو متعلق بالحقوق التى يتضمنها حق الانتفاع .

(١) بلانيول وريبير وييكار ٣ فقرة ٧٩٢ ص ٧٨٥ - وقد تصدر الشركة أسهما جديدة لزيادة رأس المال ، وتضيف علاوة (prime) على القيمة الاسمية للسهم الجديد تمثل نصيب هذا السهم فى الاحتياطيات القديمة للشركة وهى الاحتياطيات التى تكونت من أرباح السنين السابقة . فهذه العلاوة لا تعتبر ربحاً ، بل هى جزء من رأس المال . فإذا وزعت الشركة هذه العلاوات على المساهمين القدامى ، كان نصيب السهم من هذه العلاوات من حق المالك ، وليس للمتفع إلا فوائده هذا النصيب (بلانيول وريبير وييكار ٣ فقرة ٧٩٣) . كذلك إذا أرادت الشركة زيادة رأس المال ، وأعطت المساهمين القدامى الأفضلية فى الاكتتاب فى الأسهم الجديدة ، فان هذا الحق يكون لمالك الرقبة دون المتفع . ولا يجوز للمتفع أن يكتب فى الأسهم الجديدة إذا امتنع مالك الرقبة من الاكتتاب فيها ، لأن الحق فى الاكتتاب لا يصل بالربح وإنما يتصل برأس المال (بلانيول وريبير وييكار ٣ فقرة ٧٩٤) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٧ - بلانيول وريبير وييكار ٣ فقرة ٧٩٥ .

(٣) ويمكن أن تنصّر اقتطاع سلطة الإدارة من المتفع وإبقائها لمالك الرقبة ، ولا يكون للمتفع إلا غلة الشيء المنفع به دون أن يتدخل فى إدارة هذا الشيء (انظر فى ذلك كاربوفيه ص ١١٥) .

١ - أعمال الإدارة

٥٠٠ - الإيجار : من أهم أعمال الإدارة الإيجار (١) ، فللمستضع أن يؤجر الشيء المستضع به لاستئجاره والحصول على أجرته ، والأجرة هي الثمار المدنية كما سبق القول . وقد نصت المادة ٥٦٠ مدنى على أن الإجارة الصادرة ممن له حق المنفعة تنقضى بانقضاء هذا الحق إذا لم يجزها مالك الرقبة ، على أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالإخلاء والمواعيد اللازمة لتقل محمول السنة (٢) . وقد قلعنا عند الكلام فى الإيجار (٣) أن للمستضع أن يؤجر الشيء المستضع به ، ولا حد لمدة الإيجار إلا المدة التى يبقى فيها حق الانتفاع قائماً . فإذا كانت مدة حق الانتفاع اثنتى عشرة سنة مثلاً ، جاز للمستضع أن يؤجر الشيء لأية مدة ، بشرط ألا تتجاوز اثنتى عشرة سنة وألا تتجاوز فى الوقت ذاته حياة المستضع . فيؤجرها لسبع سنوات مثلاً ، أو عشر سنوات ، أو اثنتى عشرة سنة ، فلا يتقيد بمدة ثلاث سنوات ، وهى الحد الأقصى لمدة الإيجار الذى يعقده من يدير مال غيره (م ٧٠١ مدنى) . ذلك بأن المستضع لا يدير الشيء المستضع به نائباً عن الغير ، وإنما يستعمل حقه الأصيل فى الانتفاع . فإذا فرضنا أن المستضع آجر الشيء لمدة عشر سنوات مثلاً ، وبقي حياً طوال هذه المدة ، فإن الإيجار يبقى قائماً إلى انقضاء عشر سنوات . أما إذا مات بعد انقضاء سبع سنوات مثلاً ، فإن الإيجار ينتهى بموته لزوال حق الانتفاع بالموت .

(١) وقد قضت المادة ٧٠١ / ٢ مدنى على أنه بعد من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم ترد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والعتانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون . ويدخل فيها كل عمل من أعمال التصرف بتنفيذ الإدارة : كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقول الذى يصرح إليه التلف ، وشراء ما يستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات الحفظ واستئجاره . ومنتهى ، من أعمال الإدارة التى تصدر من المستضع ، عند الإيجار وبيع المحصول واستيفاء الحقوق وحضور جلسات الجمعيات العامة للشركات . أما الأعمال الأخرى ، فيكفى الإحالة فيها إلى القواعد العامة .

(٢) أما إذا كان المالك قد آجر العين ، فإن الإيجار يسرى فى حق المستضع إذا كان ثابت للتاريخ وسابقاً على بداية حق الانتفاع . وذلك بأن هذا الإيجار يسرى فى حق المشتري (م ٦٠٤ مدنى) ، فأولى أن يسرى فى حق المستضع . انظر المادة ٩٤٦ مدنى سورى والمادة ٤٢ من قانون الملكية المقاربية البنائى .

(٣) انظر الوسيط ٦ فقرة ٣٧ .

على أنه إذا أقر مالك الرقبة بالإيجار . مقدماً أو عند موت المنتفع ، فإن العقد يبقى قائماً مدة ثلاث السنوات الباقية ، لا بين المستأجر وورثة المنتفع ، بل بين المستأجر ومالك الرقبة الذى يستعيد الملكية الكاملة بموت المنتفع . وإذا انتهى الإيجار بموت المنتفع قبل انقضاء مدته لأن مالك الرقبة لم يقر الإيجار ، لم يحكم على المستأجر بالإخلاء فوراً ، بل يجب على المالك أن يبنه عليه بالإخلاء فى المواعيد المبينة بالمادة ٥٦٣ مدنى . وإذا كانت العين أرضاً زراعية لم يجوز انتهاء الإيجار قبل نقل المحصولات ، ولو اقتضى هذا النقل وقتاً أطول من الميعاد المقرر للتنبيه بالإخلاء (١) .

٥٠١- بيع المحصول : لا شك فى أن بيع المحصول وبيعه هو من صميم أعمال الإدارة ، بالرغم من أن البيع فى ذاته عمل من أعمال التصرف . فلمنتفع أن يجنى محصول الأرض الزراعية وأن يبيعه ، وأن يقبض ثمنه وهو ملك له . وله أن يبيع الزرع وهو لا يزال قائماً ، حتى لو انقضى حق الانتفاع قبل أن يتمكن جنيته . وفى هذه الحالة تسرى أحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣ مدنى ، فيدفع المنتفع أو ورثته أجرة مثل الأرض عن الفترة من الزمن ما بين نهاية حق الانتفاع وبين جنى المحصول لتسليمه للمشتري .

٥٠٢- استيفاء الحقوق : وللمنتفع أن يستوفى الحقوق التى يكون له حق الانتفاع بها فى مواعيد استحقاقها ، ودياً أو عن طريق القضاء ، وأن يعطى مخالصة هذه الحقوق . مثل ذلك أن يوصى لشخص بحق الانتفاع بجزء

(١) وإذا كان حق الانتفاع مقرراً طول حياة المنتفع ، وآجر هذا الأخير النية لمدة سبع سنوات ، ومات بعد خمس سنوات ، انتهى الإيجار بموته . وإذا أقر المالك الإيجار بقى قائماً مدة السنتين الباقيتين ، ولكن بينه وبين المستأجر . وإذا لم يقره ، وجب عليه أن يبنه على المستأجر بالإخلاء فى المواعيد المبينة بالمادة ٥٦٣ مدنى ، مع مراعاة إهمال المستأجر فى الأرض الزراعية لنقل محصول السنة . هذا ويجوز للمتع أن يؤجر العين لمالك الرقبة نفسه ، فإذا مات قبل انقضاء مدة الإيجار انتهى الإيجار باتحاد الفسدة ، إذ يجمع عند المالك صفة المستأجر وصفة المؤجر معاً (الوسيط ٦ فقرة ٣٧ ص ٤٨) - ونغنى عن البيان أن جميع الأحكام المتقدمة قد تأثرت إلى حد بعيد بالتشريعات الحديثة الخاصة بالإيجار الأماكن وبإيجار الأراضى الزراعية ، وتقضى هذه التشريعات ببقاء المستأجر فى العين المؤجرة حتى بعد انقضاء مدة الإيجار بحكم القانون .

من مجموع الشركة ، وتكون للشركة حقوق في ذمة مدنيها يدخل بعضها في الجزء الموصى به ، فالمستفيد في هذه الحالة أن يستوفي هذه الحقوق من مدني الشركة ، وليس للورثة أن يعارضوا في هذا الاستيفاء ، وتكون المحالصة التي أمضاها المستفيد حجة عليهم . وليس على مدني الشركة أن يستوفوا مما إذا كان المستفيد قد قدم كفيلاً للورثة ، فان هذا أمر لا يعينهم وإنما يعنى الورثة أنفسهم . وعندما يقبض المستفيد الحق من المدين ، وهو عادة مبلغ من النقود ، يتحول حق الانتفاع إلى شبه حق انتفاع ، فيجوز للمستفيد أن يستغله وأن يتصرف فيه وأن يقبض ريعه ، على أن يرد للورثة مثله عند نهاية حق الانتفاع . ويجوز للورثة في هذه الحالة أن يطالبوا المستفيد بكفالة تضمن لهم رد رأس المال ، وتقدر المحكمة عند الاقتضاء الطريقة التي يستغل بها المستفيد رأس المال .

وقد يهلك الشيء المستفيد به فيستحق عنه تعويض أو مبلغ تأمين ، وقد تترع ملكيته فيستحق عنه تعويض عن نزع الملكية . وقد نصت المادة ١/٩٩٤ مدني على أن « ينهى حق الانتفاع بهلاك الشيء ، إلا أنه ينتقل من هذا الشيء إلى ما قد يقوم مقامه من عوض » . وعلى ذلك يحل التعويض عن الملاك أو مبلغ التأمين أو التعويض عن نزع الملكية حلولاً عينيّاً محل الشيء المستفيد به . ويكون للمستفيد حق استئجاره إلى نهاية حق الانتفاع ، ورده بعد ذلك إلى المالك . فيكون له إذن استيفاء الحقوق سالفة الذكر من المدينين بها وإعطاء محالصة بها ، شأن هذه الحقوق شأن سائر الحقوق التي يستوفها المستفيد . ويجوز للمالك ، تبعاً لذلك ، أن يطالب المستفيد بتقديم كفالة ، كما تقدر المحكمة عند الاقتضاء الطريقة التي يستغل بها المستفيد المبالغ التي قبضها (١) .

٥٠٣ - مقرر جلسات الجمعيات العامة للشركات : ويعتبر حضور جلسة الجمعية العامة للشركة ، سواء كانت الجمعية العامة عادية أو غير عادية

(١) وفيما يتعلق بمبلغ التأمين ، إذا كان المستفيد هو الذي أمن على حق انتفاعه ، فان مبلغ التأمين يكون من حقه وحده ، ولا يلتزم برد شيء منه للمالك ، أما إذا كان التأمين على ملكية الشيء المستفيد لا مل حق الانتفاع وحده ، فان مبلغ التأمين يكون من حق المالك ، حل أن يكون للمستفيد الحق في استئجاره على النحو الذي قدمناه (أوبري ورو ٢ بقرة ٢٢١ ص ٦٧١ - بلانيول وريير وبيكار ٣ بقرة ٨٥٥) .

من أعمال الإدارة : حتى لو كان من بين قرارات هذه الجمعية عملاً من أعمال التصرف أو كان من بين قراراتها تعديل نظام الشركة . فالمتنع بالسهم . لا مالك الرقبة . هو الذى له حق حضور جلسات الجمعية العامة (١) .

ب - أعمال التصرف

٥٠٤ - **القاعدة العامة :** للمتنع حق عيني على الشيء المتنع به هو حق الانتفاع ، فهو يملك هذا الحق دون أن يملك الرقبة . وعلى ذلك يجوز له التصرف في حق الانتفاع بجميع أنواع التصرفات . ولا يجوز له أن يتصرف في الرقبة . والتصرف في حق الانتفاع يكون بوجه خاص بالتزول عنه للغير . أو برهنه ، أو بترتيب حق عيني أصلي عليه فيرتب المتنع مثلاً حق انتفاع على نفس حق انتفاع . فنستعرض هذه التصرفات المختلفة ، ثم نتقل إلى عدم جواز تصرف المتنع في الرقبة .

٥٠٥ - **زول المتنع عن حق الانتفاع للغير :** يجوز للمتنع أن يتزل عن حق انتفاعه للغير ، معاوضة أو تبرعاً . فيجوز له أن يبيعه . وأن يقايض عليه ، وأن يجعله حصّة له في شركة ، وأن يتزل عنه لدائنه مقابلاً لوفاء الدين ، وأن يهبه . وتجب مراعاة قواعد التسجيل إذا وقع حق الانتفاع على عقار ، ومراعاة الشكل في الهبة . ولا يجوز للمتنع أن يوصى بحق الانتفاع ، لأن الوصية تمليك لما بعد الموت وحق الانتفاع ينتهى حيناً بموت المتنع .

(١) وهذا الحكم متفق عليه فيما إذا كان نظام الشركة يقضى بأن حق الحضور يكون للمتنع دون المالك ، وفيما إذا كان السهم ليس سميّاً بل هو سهم لحامه . أما إذا كان السهم اسمياً ، ولا يوجد في نظام الشركة حكم في المآلة ، فالأمر يختلف فيه . فرأى يقب إلى أن حق الحضور لا يكون إلا للمالك ، ورأى ثان يذهب إلى أن للمتنع حق الحضور في الجمعيات العامة العادية ويحضر المالك في الجمعيات العامة غير العادية ، ورأى ثالث يذهب إلى وجوب حضور كل من المالك والمتنع في الجمعيات العادية وغير العادية وإذا اختلفا فالقضاء يفصل في الأمر . ويبدو أنه إذا سلم بأن حضور جلسات الجمعية العامة هو عمل من أعمال الإدارة ، فانه يجب القول بأن المتنع لا المالك هو الذى له حق الحضور في جميع جلسات الجمعية العامة ، سواء كانت الجمعية العامة عادية أو غير عادية (انظر في هذا المعنى بلانويو وريبير وبيكلر ٣ فقرة ٨٠٧ ص ٧٩٨ والمراجع التي أشير إليها) .

وإذا نزل المنتفع عن حق الانتفاع بوجه من الوجوه المتقدمة : فإن من تلقى منه الحق يعتبر مالكا لنفس حق الانتفاع الذى ترتب للمنتفع . ويرتب على ذلك أن حق الانتفاع ينتهى بموت المنتفع لا بموت من تلقى هذا الحق ، وأن المنتفع يبقى ملتزما نحو مالك الرقبة بما يترتب فى ذمته من التزامات شخصية نحوه ولا تنتقل هذه الالتزامات إلى ذمة من تلقى حق الانتفاع . ويكون لهذا الأخير نفس حقوق المنتفع ، إلى أن ينتهى حق الانتفاع بانقضاء مدته أو بموت المنتفع ، لا بموت من تلقى حق الانتفاع كما سبق القول . فإذا مات من تلقى حق الانتفاع قبل موت المنتفع ، وكانت مدة حق الانتفاع لم تنقض ، فإن حق الانتفاع ينتقل إلى ورثة من تلقى هذا الحق من المنتفع ، ويبقى إلى أن ينتهى بانقضاء مدته أو بموت المنتفع . وهذا هو الفرض الذى ينتقل فيه حق الانتفاع بالميراث ، وقد سبقت الإشارة إليه (١) .

وكما يجوز التزول عن حق الانتفاع ، كذلك يجوز الحجز عليه من دائنى المنتفع ، وهذا ما لم يشترط عدم التزول عن الحق وعدم جواز الحجز عليه (٢) .

٥٠٦ - رهن المنتفع لحق الانتفاع : ويجوز أيضا للمنتفع رهن حق الانتفاع رهنا رسميا إذا كان الحق واقعا على عقار ، ورهن حيازة إذا وقع الحق على عقار أو منقول . ويجوز لدائنى المنتفع أخذ حق اختصاص على حق الانتفاع إذا كان واقعا على عقار ، كما يجوز أن يترتب على حق الانتفاع امتياز بائع العقار أو امتياز بائع المنقول إذا كان المنتفع قد اشترى حق الانتفاع على عقار أو منقول ولم يدفع ثمنه .

والدائن الذى له حق رهن أو اختصاص أو امتياز على حق الانتفاع لا يجوز له أن يحجز إلا على حق الانتفاع نفسه ، ولا شأن له بالرقبة . ومن يرسو عليه المزارد لا ينتقل إليه إلا حق الانتفاع ، فليس له - إلا حقوق المنتفع إلى أن ينتهى حق الانتفاع . وإذا انتهى حق الانتفاع قبل تنفيذ الدائن عليه

(١) انظر آتفاً فقرة ٤٨٤ - وانظر م ٩٤٧ مدنى سورى ، وم ١٢٥٣ مدنى عراق ، وم ٤٣ من قانون الملكية المقاربية اللبناني .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٣ .

برهنه أو اختصاصه أو بامتياز ، فان الرهن أو الاختصاص أو الامتياز يزول بزوال محله (١) .

٥٠٧ - ترتيب حق انتفاع على حق امتياز : وقد لا يتزل المنتفع عن حق الانتفاع للغير ، ولكن يقتصر على أن يرتب للغير حق انتفاع على حق انتفاعه هو ، فيكون هناك حق انتفاع مرتب أحدهما على الآخر (deux usufruits superposés) . وينبئ أن يكون هذا الوضع المعقد نتيجة اتفاق ، وإنما يقع في فرنسا أن يكون حق الانتفاع الذي يرتبه القانون للأب على أموال ولده أو للزوج على أموال الزوجة يشمل ، فيما يشمل من أموال القاصر أو أموال الزوجة ، حقوق انتفاع يترتب عليها حق انتفاع الأب أو حق انتفاع الزوج ، وهكذا يترتب حق انتفاع على حق انتفاع .

ولا يكاد يوجد إلا فرق واحد بين التزل عن حق الانتفاع وترتيب حق انتفاع على حق الانتفاع . ففي الحالتين محل المنازل له أو المنتفع الجديد محل المنتفع الأصلي في جميع حقوقه . ولكن في حالة التزل عن حق الانتفاع ، إذا مات المنازل له قبل انتهاء حق الانتفاع الأصلي ، انتقل هذا الحق إلى ورثة المنازل له كما سبق القول (٢) . أما في حالة ترتيب حق انتفاع على حق الانتفاع ، فان حق الانتفاع الثاني المترتب على حق الانتفاع الأصلي ينتهي ، لا فحسب بانتهاء حق الانتفاع الأصلي ، بل أيضا بموت المنتفع الثاني ، فلا ينتقل إلى ورثته كما رأينا ينتقل إلى ورثة المنازل له (٣) .

(١) بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٨١٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٨٤ وفقرة ٥٠٥ .

(٣) بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٨١٤ - بلانيول وريير وبولانجي ١ فقرة ٢٥١٣ ص ١١٥٥ - كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ١ فقرة ١٠٦٤ - وأما فيما يتعلق بترتيب حق ارتفاق على حق الانتفاع ، فان ذلك لا يجوز ، فان حق الارتفاق فرع من الملكية لا عن حق الانتفاع ، فلا يجوز لنهر مالك إرقية ترقية ، ولا يجوز ذلك لمنتفع (بودرى وشوفر فقرة ١٩٠٦ ص ٨٢٧ - وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٥٠ ص ١٠٢ ويريان جواز ترتيب حق يشبه حق الارتفاق على حق الانتفاع بحيث لا يمس هذا الحق بحق مالك الرقبة - وقارن شفيق شحاته فقرة ٩٢ ص ١١٦) .

٥٠٨ - عدم جواز تصرف المنتفع في الرقبة: وإذا كان المنتفع يستطيع

التصرف في حق الانتفاع على النحو الذي بيناه ، فإنه لا يستطيع التصرف في الرقبة لأنها ليست ملكه . ويترتب على ذلك أنه إذا باع الرقبة ، كان حكم هذا البيع هو حكم بيع الغير لا ينفذ في حق مالك الرقبة . ويترتب على ذلك أيضا أن المنتفع لا يستطيع التزول عن حق ارتفاق مرتب لمصلحة العقار المنتفع به ، وكل ما ملكه في هذا الشأن هو أن يتعهد تعهدا شخصيا بالآلا يستعمل حق الارتفاق هذا ، وهذا التعهد الشخصي لا يلزم مالك الرقبة (١) .

ومع ذلك يجوز للمنتفع أن يتصرف في الرقبة ، وذلك في حالة شبه الانتفاع . فقد قدمنا (٢) أن المنتفع يصبح في هذه الحالة مالكا للشيء المنتفع به ملكية كاملة ، فيستطيع أن يتصرف فيه ، على أن يرد مثله أو قيمته عند نهاية حق الانتفاع (٣) .

من مباشرة الدعاوى

٥٠٩ - الدعاوى المتعلقة بحق الانتفاع نفسه : يجوز للمنتفع أن يباشر

الدعاوى المتعلقة بحق الانتفاع نفسه فيجوز له أن يرفع دعوى الإقرار بحق الانتفاع (action confessoire d'usufruit) ، وهي الدعوى التي تقابل دعوى الاستحقاق في الملكية ، وبموجبها يستطيع أن يطالب بالشيء المنتفع به أى حائز له . وكذلك يستطيع أن يرفع دعاوى الحيازة يحمى بها حيازته للعقار المنتفع به (٤) ، ويستطيع أن يرفع هذه الدعاوى على مالك

(١) كذلك لا يجوز له أن يبيع القيم المنقولة (valeurs mobilières) التي يتضمنها حق الانتفاع ، حتى لو كانت هذه القيم خاملة . ولا يجوز له أن يحول سندا أسيا إلى سند خاملة ، فإن هذا التحويل يعتبر من أعمال التصرف (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٠٨ وفقرة ٨١٠) .
(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٧٧ .

(٣) ويتحقق شبه حق الانتفاع فيما إذا كان الشيء المنتفع به شيئاً قابلاً للاستهلاك ، وفيما إذا كان هذا الشيء معداً للبيع كالبطائح ، وفيما إذا كان قد قوم تقوياً قصد به نقل الملكية إل المنتفع على أن يرد القيمة عند نهاية حق الانتفاع (انظر آنفاً فقرة ٤٧٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١١) .

(٤) والحكم الذي يصدر لصالحه ، في دعوى الإقرار بحق الانتفاع أو في دعاوى الحيازة ، يجوز لمالك الرقبة أن يحتج به ، أما الحكم الذي يصدر ضده فلا يجوز أن يحتج به على مالك الرقبة (لوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٧) .

الرقبة إذا تعرض له في حيازته لحق الانتفاع أو انتزع منه الحيازة . ذلك أن المنتفع يعتبر حائرا لحساب نفسه بالنسبة إلى حق الانتفاع وإن كان حائرا عرضيا بالنسبة إلى حق الملكية ، ومن ثم جاز له أن يحمي حيازته لحق الانتفاع بدعوى الحيازة (١) .

ويجوز للمنتفع أن يرفع دعوى تعيين الحدود (action en bornage) ودعوى القسمة ، ولكن إذا لم يدخل مالك الرقبة خصما في هاتين الدعوتين فإن الحكم فيهما لا يكون حجة على هذا الأخير (٢) .

٥١٠ - **الدعوى المتعلقة بالحقوق التي يتضمنها حق الانتفاع :** والمنتفع أن يباشر الدعوى المتعلقة بالحقوق التي يتضمنها حق الانتفاع ، وقد قلنا أنه يستطيع أن يقاضي المدينين بهذه الحقوق ليطالبهم بها (٣) . وله أن يرفع دعوى التأمينات لهذه الحقوق من رهن وامتياز وكفالة (٤) ، وكذلك الدعوى المتصلة بهذه الحقوق كما لو كان الحق ثمن بيع فيرفع دعوى الفسخ لعدم الوفاء به ، وكما لو تصرف المدين بهذا الحق في ماله غشا فيرفع الدعوى ، البولصية (٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المنتفع أن يرفع دعوى اليد (نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٥ المأماة ٢٧ رقم ٤١٢ ص ١٠٣٥) - وإذا نجح المنتفع في دعوى الحيازة التي يرفعها على المالك ، جاز له أن يمتنع بهذه الحيازة فتقوم قرينة لصالحه على أنه هو صاحب حق الانتفاع إلى أن يثبت المالك عكس ذلك . ويثبت في الوقت ذاته أن المنتفع هو حائز عرضي بالنسبة إلى حق الملكية ، فلا يستطيع أن يملك هذا الحق بالتقادم . بل يجوز للمالك أن يرفع دعوى الحيازة ليحمي حيازته لحق ملكيته ضد من يتعرض لهذا الحق ، ويتمسك في ذلك بأن المنتفع يجوز حق الملكية نيابة عنه (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٥ ص ٨٠٣) .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٨ - بودري وشوفو فقرة ٩٠٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٥ ص ٨٠٣ - عبد المنعم البدراني فقرة ٢٣٣ ص ٢٧٤ - وفي جميع الأحوال إذا كانت الدعوى تتعلق بحقوق مالك الرقبة ومالك حق الانتفاع ، فلنير التي ترفع ضد الدعوى أن يطلب إدخال من لم يدخل منهما خصما في الدعوى (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٧٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٧) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٥٠٢ .

(٤) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٨ - بودري وشوفو فقرة ٥٥٥ - بلانيول

وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٦ ص ٨٠٤ .

(٥) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٨ - بودري وشوفو فقرة ٥٥٥ - بلانيول

وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٦ ص ٨٠٤ .

ولكن المتنع لا يستطيع رفع دعوى متعلقة بحق لم يكن ضمن الحقوق الداخلة في حق الانتفاع وقت أن بدأ . فإذا كانت الدعوى مثلاً دعوى نقض للعين أو دعوى إبطال ، ولم يكن المالك قد رفعها وقت أن بدأ حق الانتفاع فلم يتضمنها هذا الحق ، لم يجز للمتنع أن يرفعها لأن حق الانتفاع لم يشملها . ولكن إذا رفعها المالك ونجح عن رفعها أن نقض بيعاً أو أبطله فأرجع المبيع إلى ملكه بأثر رجعي ، فإن حق الانتفاع يمتد إلى هذا المبيع فيشمله ، ويعتبر المبيع داخلاً ضمن حق الانتفاع منذ بدايته (١) .

المطلب الثاني

الترامات المتنع

٥١١- الترامات أربعة : الترامات المتنع ترتب في ذمته نحو مالك

الرقبة بحكم القانون ، فهي إذن الترامات قانونية . وترجع كلها إلى واقعة مادية هي وجود رقة الشيء المتنع به في يد المتنع ، فيجب عليه حفظها وصيانتها حتى يردّها سالمة . واتخاذ الوسائل اللازمة لتحقيق هذا الغرض (٢) . وغنى عن البيان أنه قد ترتب في ذمة المتنع الترامات أخرى يقررها سند حق الانتفاع إذا نشأ هذا الحق عن عقد أو وصية ، فيكون العقد أو الوصية هو مصدر هذه الالتزامات (٣) .

والالتزامات التي يربتها القانون في ذمة المتنع نحو مالك الرقة أربعة :

(١) استعمال الشيء والانتفاع به بحسب ما أعد له وإدارته إدارة حسنة .

(١) أوبري وروو ٢٣٠ فقرة ٦٦٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٨٩ - وقرب عبد المنعم البدر ٢٣٦ فقرة ٢٣٦ .

(٣) وتعتبر هذه الالتزامات التزامات عينية ، لأنها نشأت بسبب وجود الرقة في يد المتنع ، وتعود كلها حول وجوب المحافظة على العين مراعاة لحق صاحب الرقة - وترتب حل ذلك أنه يجوز للمتنع التخلص من هذه الالتزامات إذا هو تحل عن حقه في الانتفاع وترك العين المتنع بها (abandon) ، ونقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في هذا الصدد : تعرض نصوص المواد ... لالتزامات المتنع ، وهي التزامات يجب في ذمته لأن في يده رقة العين المتنع بها . نستطيع إذن أن يتخلص منها إذا هو تحل عن حقه في الانتفاع . وتعود الالتزامات كلها حول وجوب المحافظة على العين ، مراعاة لحق صاحب الرقة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٩) .

(٢) صيانة الشيء ، والقيام بنفقات الصيانة وبالتكاليف المعتادة . (٣) حفظ الشيء والمسئولية عن هلاكه . (٤) جرد المنقول وتقديم كفالة به .

١- استعمال الشيء والانتفاع به ، بحسب ما أورد له وإدارته إدارة حسنة :

٥١٢ - نص قانوني : تنص المادة ٩٨٨ مدني على ما يأتي :

١ - ٢ على المستفيع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها وبحسب ما أورد له . وأن يديره إدارة حسنة .

٢ - « وللمالك أن يعترض على أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء ، فإذا أثبت أن حقوقه في خطر جاز له أن يطلب بتقديم تأمينات . فان لم يقدمها المستفيع ، وظل على الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالاً غير مشروع أو غير متفق مع طبيعتها ، فللقاضي أن يترع العين من تحت يده وأن يسلمها إلى آخر يتولى إدارتها . بل له ، تبعاً لخطورة الحال ، أن يحكم بانتفاء حق الانتفاع ، دون إخلال بحقوق الغير » (١) .
ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٩/٢٠ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري م ٩٤٨ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٩٢ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٥٤ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٤٥ (٣) .
ونتكلم في مضمون هذا الالتزام ، ثم في جزاء الإخلال به .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ما عدا بعض الفروق . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٦٣ في المشروع النهائي ، بعد أن أضافت إلى الفقرة الأولى عبارة « بحالته التي تسلمه عليها » ، وإلى الفقرة الثانية عبارة « أو غير متفق مع طبيعتها » ، فأصبح النص مطابقاً لكل المطابقة لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٨ - ص ٥٤٠) .
(٢) التقنين المدني السابق م ٣٩ / ٢٠ : يجب على من له حق الانتفاع أن يستعمل الشيء فيما وضع له .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩٤٨ : ١ - على المستفيع أن يستعمل العقارات كذلك معتن محبذ ، وعليه على الأخص أن يعلم المالك بالتبديدات التي يقدم عليها الغير على العقارات ، وإلا كان مسئولاً عن الضرر الذي يلحق بمالكها .

٥١٣- مضمون الالتزام : يتسلم المتفع الشيء المتفع به بالحالة التي هو عليها وقت بداية حق الانتفاع ، وليس له أن يلزم مالك الرقبة أن يسلمه الشيء في حالة حسنة إلا إذا تعهد مالك الرقبة بذلك تعهداً خاصاً (١) .

ومضى تسلّم الشيء على هذه الحالة ، فعليه أن يستعمله وفقاً لما أعده له المالك (٢) ، وأن يستثمره على النحو الذي يستثمره به المالك ، وذلك كله وفقاً لما أعده له الشيء بحسب طبيعته . وعلى ذلك إذا كان الشيء داراً أعدت للسكنى ، لم يجوز له أن يحول هذه الدار إلى فندق أو إلى « بنسيون » أو إلى مخزن لحفظ البضائع أو نحو ذلك (٣) ولكن يجوز له أن يسكن الدار بنفسه ، أو أن يؤجرها للسكنى . وإذا كان الشيء أرضاً زراعية أعدت لزراعة أشجار الفاكهة أو لزراعة الزهور ، لم يجوز للمتفع أن يحولها إلى أرض زراعية

٢- وعليه أيضاً أن يتابع العمل بصكوك التأمين المقودة سابقاً ، وأن يسد أنساط التأمين المترتبة عليه . ٣- وعلى المتفع في استعماله العقار واستغلاله أن يعمل وفقاً لما احتاده ملاك العقار السابقون ، ولا سيما فيما يتعلق بالعناية المدة لها الأبنية ، وطريقة زراعة الأراضي ، واستثمار الأحرار والمقالع . غير أنه يمكنه زراعة الأراضي البور ، أو بصورة أعم تحسين طريقة الزراعة . م ٩٥٧ : ١ - يجوز إسقاط المتفع من حقه بحكم قضائي بناء على طلب مالك الرقبة ، بسبب إساءة المتفع في استغلال العقار ، لا سيما إذا أحدث تخريباً فيه أو إذا تركه يخرب لإهماله العناية به . ٢- وفي هذه الحالة يجوز لدائن المتفع أن يتدخلوا في الدعوى ، ويمكنهم أن يرضوا ببول إصلاح ما تخرب وتقديم ضمانات المستقبل . ٣- ولقاضي ، حسب خطورة الظروف ، إما أن يحكم بإسقاط حق الانتفاع إسقاطاً مطلقاً ، وأما أن يأمر بتم تسليم العقار إلى مالك الرقبة إلا على شريطة أن يدفع سنوياً للمتفع أو لمن انتقل إليه حقه مبلغاً معيناً حتى الأجل المحدد لانتهاء حق الانتفاع . (وهذه الأحكام في مجموعها لا تختلف عن أحكام التفتين المصري .

التفتين المدف الميري م ٩٩٢ (مطابق) .

التفتين المدف المراق م ١٢٥٤ : ١- على المتفع أن يستعمل الشيء بحسب ما أعده له

٢- (مطابقة لفقرة الثانية من المادة ٩٨٨ مصري)

قانون الملكية المقارية اللبناني م ٤٤ وم ٥٤ (تكادان تطابقان المادتين ٩٤٨ و ٩٥٧)

من التفتين السوري ، وهاتان المادتان الأخيرتان مأخوذتان منها) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٨٨ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٩١ .

(٣) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣١ خ ٦٧٠ .

للمحصولات العادية كالقطن والقمح والبقول . وأن يقتلع الأشجار المفروسة في الأرض . ولكن له أن يصلح الأراضي البور وأن يزرع فيها من المحاصيل ما يلائمها . ولا يعد هذا تغييرا في الاستعمال بل هو إصلاح فيه . وإذا كان الشيء متجرا للأقمشة أو مصنعا للزجاج : لم يجوز له أن يغير شيئا من ذلك . فيجعل المتجر مثلا متجرا للأخشاب أو المصنع مصنعا للمنسوجات . وإذا كان الشيء سندات اسمية : لم يجوز له أن يحولها إلى سندات لحاملها : فإن في هذا تغييرا جوهريا في طبيعة الشيء : فوق أنه يعد من أعمال التصرف والمنفعة لا يملك أن يقوم بهذه الأعمال (١) .

ويجب عليه في جميع الأحوال أن يدير العين إدارة حسنة ، فإذا كانت متجرا مثلا وجب عليه أن يحسن إدارته ، أو كانت أرضا وجب عليه ألا يتركها بوراً أو أن ينكحها بالزراعة . فالعناية التي يجب عليه بذلها في إدارة الشيء واستغلاله هي عناية الرجل المعتاد . فلا يجوز له أن يتزل عن هذا القدر من العناية . حتى لو كان هو أو مالك الرقبة يتزل عنها في إدارة شؤون نفسه (٢) .

٥١٤ - جزاء الإهمال بالالتزام : فإذا استعمل المتنتفع الشيء استعمالا

غير مشروع . بأن استعمله لغير ما أعد له ، أو استعمالا غير متفق مع طبيعته ، ونجم عن هذا الاستعمال خطر على الرقبة ، فلمالك الرقبة أن يطلب من المتنتفع أن يكف عن هذا الاستعمال ، وله أيضا أن يطالبه بتقديم تأمينات ككفيل أو رهن لضمان تعويض ماعسى أن ينجم من الأضرار عن هذا الاستعمال . فإذا لم يقدم المتنتفع التأمينات المطلوبة ، أو قدمها ولكنه استمر في سوء استعماله ، جاز للمالك أن يطلب من القاضي تسليم العين إلى أمين يتولى إدارتها ويعطى الغلة للمتنتفع .

(١) أنظر آتفاً فقرة ٥٠٨ .

(٢) مازو فقرة ١٦٨١ ص ١٣٣٢ - وانظر استئناف مخطوط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦

م ٢٩ ص ٩٥ - وقد قضى بأنه إذا ثبت أن المتنتفع بقطعة أرض زراعية قد أخذ أتربة منها بحيث ميلا مستويا إلى عمق متوسطة ستر ، فقد استعملها استعمالا غير جائز ، وسقط بذلك حقه في الانتفاع (سنف ١٨ يناير سنة ١٩٣٠ الحاماة ١٠ رقم ٣٩٣ ص ٧٨٤) .

بل إن للقاضي بناء على طلب المالك ، إذا رأى سوء الاستعمال خطيراً إلى حد يستوجب إجراء أشد ، أن يحكم بإنهاء حق الانتفاع أى باسقاطه قبل انتهاء مدته أو قبل موت المنتفع ، فيضيق على المنتفع المدة الباقية له من مدة الانتفاع . ولكن يجب في هذه الحالة مراعاة حق الغير ، فإذا كان حق الانتفاع مرهوناً مثلاً ، احتفظ الدائن المرتهن بحقه . وعلى ذلك ترد العين إلى المالك ، ولكن حق الانتفاع فيها المدة الباقية لهذا الحق مثقل بالرهن ، ويجوز للدائن المرتهن أن يحجز على حق الانتفاع محدوداً على هذا النحو ، لا على حق الملكية ، ويتقاضى حقه من ثمن حق الانتفاع بعد بيعه في المزاد (١) .

§ ٢ - صيانة الشيء والقيام بنفقات الصيانة وبالكاليف المعتادة

٥١٥ - نص قانوني : تنص المادة ٩٨٩ مدني على ما يأتي :

١ - المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل مايفرض على العين المنتفع بها من تكاليف المعتادة ، وبكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة .

٢ - أما التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع فلها تكون على المالك ، ويلتزم المنتفع بأن يؤدي للمالك فوائد ما أنفق في ذلك . فإن كان المنتفع هو الذي قام بالانفاق ، كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع (٢) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥٣٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٤ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد

يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٠٦٤ من المشروع النهائي ، بعد إدخال تعديلات لفظية في الفقرة الأولى ، نصار النص مطابقاً كل المطابقة لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥٤٠ - ص ٥٤٢) . ولا مقابل النص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السوري م ٩٤٩ : ١ - تكون

على حائق المنتفع الضرائب العقارية المختلفة ، وكذلك الترميمات اللازمة لصيانة العقار .

٢ - أما التصليحات الكبيرة أى التي تتعلق بتجديد قسم مهم من العقار وتستوجب مصاريف غير عادية ، فانها تترتب على مالك الرقبة .

م ٩٥٠ : ١ - إن مالك الرقبة والمنتفع غير ملزمين بإعادة بناء ما تهدم بسبب قدمه ، أو قسماً أو قدراً . ٢ - إلا أنه إذا حدث الانهدام على أثر كارثة ، وكان العقار المهلوم كله أو بعضه مؤثماً ، فيجوز بناء على طلب مالك الرقبة أو المنتفع ، استئصال التمويل المدفوع لتجديده

ويخلص من هذا النص أن المنتفع ملزم بصيانة الشيء المنتفع به (١) ، وبكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة ، وبكل التكاليف المعتادة الأخرى . أما التكاليف غير المعتادة ، كتكاليف الإصلاحات الجسيمة ، فهي على مالك الرقبة على أن يتحمل المنتفع فواتد هذه التكاليف طول مدة الانتفاع . فنتعرض الآن كلا من التكاليف المعتادة والتكاليف غير المعتادة .

٥١٦ - التكاليف المعتادة : لما كان المنتفع ملزماً بصيانة الشيء المنتفع به كما قدمنا ، فإن تكاليف الصيانة يتحملها المنتفع بأكملها ، لأنها من التكاليف المعتادة (٢) . ويعتبر كذلك من التكاليف المعتادة فيتحملها المنتفع ، تكاليف إدارة الشيء المنتفع به ، إذ أن هذه التكاليف ضرورية لحصول المنتفع على الثمار . ويعتبر أيضاً من التكاليف المعتادة ، فيتحملها المنتفع وحده ، الضرائب والرسوم المفروضة على الشيء المنتفع به ، من أموال على الأراضي الزراعية وعوائد على المباني ورسوم بلدية وضريبة دفاع وضريبة خفر وضريبة إضافية وغير ذلك من أنواع الضرائب الأخرى .

ولكن يجوز للمنتفع أن يتفق مع مالك الرقبة على أن تكون هذه التكاليف المعتادة كلها أو بعضها على الأخير ، وهذا لا يمنع ، فيما يتعلق بالضرائب

بناء المقار أو ترميمه . (وهذه الأحكام في مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٩٩٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٥٥ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٤٥ - ٤٦ (تكادان تطابقان المادتين ٩٤٩-٩٥٠

مدني سوري وهاتان المادتان الأخيرتان مأخوذتان منها) .

(١) ويعتبر من أعمال الصيانة ، ويعتبر في الوقت ذاته من أعمال الحفظ ، أن يجدد المنتفع قيد الرهن ، وأن يقطع التقادم إذا كان حق يشمل الانتفاع مهدداً بالسقوط بالتقادم (أو يرى ورو ٢ فقرة ٢٣١ ص ٦٧١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٣٢ ص ٨١٥) .

(٢) ويلتزم المنتفع بأعمال الصيانة réparations d'entretien نتيجة لالتزامه بأن يتفق بالشيء كما ينتفع المالك بملكه . هذا إلى أن أعمال الصيانة من التكاليف التي يقتضيها الحصول على الثمار وتنفق عادة من الربح ، في حين أن الإصلاحات الجسيمة تنفق عادة من رأس المال فتكون على المالك (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٢٤ ص ٨١٧) . وانظر في تحديد أعمال الصيانة وأعمال الإصلاحات الجسيمة المادة ٦٠٦ مدني فرنسي .

الرسوم ، أن يلتزم المنتفع بدفعها لجهة الإدارة على أن يستردّها من مالك الرقبة (١) .

٥١٧ - التكاليف غير المعتادة : وهذه كما قدمنا على المالك ، على أن يتحمل المنتفع فوائدها طول مدة الانتفاع . ومن التكاليف غير المعتادة تكاليف لإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع ، أما إذا نشأت عن خطأ المنتفع فهو الذي يتحملها وحده . فاذا احتاجت الدار المنتفع بها مثلاً إلى إصلاحات جسيمة لم تنشأ عن خطأ المنتفع ، لم يلتزم أحد ، لا المنتفع ولا مالك الرقبة ، بالقيام بهذه الإصلاحات كما سنرى (٢) . ولكن يجوز لمالك الرقبة ، للمحافظة على ملكه ، أن يقوم بها . وفي هذه الحالة تكون التكاليف عليه ، وعلى المنتفع أن يدفع فوائدها بالسعر القانوني لمالك الرقبة طول مدة الانتفاع . ويصح ، عند امتناع مالك الرقبة عن القيام بها ، أن يقوم بها المنتفع للمحافظة على حق انتفاعه . وفي هذه الحالة يدفع تكاليف هذه الإصلاحات ، على أن يستردّها من مالك الرقبة عند نهاية حق الانتفاع ، فيكون هنا أيضاً قد تحمل فوائدها طول مدة الانتفاع (٣) .

ويعتبر من التكاليف غير المعتادة مصروفات دعوى تعيين الحدود ، فهذه لترم بها مالك الرقبة ، ويتحمل المنتفع الفوائد طول مدة الانتفاع ، وإذا قلم المنتفع هذه المصروفات فله الحق في استردادها من المالك عند نهاية حق الانتفاع . وكذلك يعتبر من التكاليف غير المعتادة المبالغ الباقي دفعها من القيمة الاسمية للأسهم التي لم يتم الوفاء بكل قيمتها الاسمية (actions non libérées) ، فهذه على مالك الرقبة ويتحمل المنتفع الفوائد طول مدة الانتفاع ، فان قدمها المنتفع محافظة على الأسهم من السقوط فانه يسترد مادفعه من المالك عند نهاية حق الانتفاع (٤) .

(١) بلانيول وريبير ويكار ٣ ققرة ٨٤٠ .

(٢) أنظر مايلي ققرة ٥٣٣ .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤١ .

(٤) بلانيول وريبير ويكار ٣ ققرة ٨٤١ .

وإذا كان العقار المستضع به موقلاً برهن رسمي ، فإن الدين المضمون بالرهن يلتزم بدفعه مالك الرقبة المدين بهذا الدين . فإن لم يدفعه ، ورجع الدائن المرتهن بدعوى الرهن على المستضع باعتباره حائزاً للعقار فيدفع هذا ما على العقار من الدين ، فإنه يرجع بما دفع فوراً على مالك الرقبة ، ولا يجبر على الانتظار إلى نهاية حق الانتفاع حتى يسرده (١) .

§ ٣ - حفظ الشيء والمسئولية عن هلكه

٥١٨ - نصوص قانونية : تنص المادة ٩٩٠ مدني على ما يأتي :

١ - على المستضع أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله الرجل المعتاد .

٢ - وهو مسئول على هلاك الشيء ولو بسبب أجنبي ، إذا كان قد تأخر عن رده إلى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع .
وتنص المادة ٩٩١ مدني على ما يأتي :

« إذا هلك الشيء أو تلف ، أو احتاج إلى إصلاحات جسيمة مما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته ، أو إلى اتخاذ إجراء يقيه من خطر لم يكن منظوراً ، فعلى المستضع أن يبادر باخطار المالك . وعليه إخطاره أيضاً إذا استمسك أجنبي بحق يدعيه على الشيء نفسه » (٢) .

(١) بلانول وريير وبيكار ٣ ققرة ٨٤٢ - وإذا كان المستضع موصى له بحق الانتفاع بجزء من التركة ، فإنه يتحمل من فوائد ديون التركة ما يتناسب مع هذا الجزء الموصى به . فإن دفع الورثة ديون التركة ، فإنهم يرجعون على المستضع بفوائد جزء من هذه الديون يتناسب مع الجزء الموصى به . وإن دفع المستضع الجزء من الديون الذي يتناسب مع الجزء الموصى به له ، فإنه يرجع على الورثة بما دفع عند نهاية حق الانتفاع . فإذا لم تدفع الورثة الديون ، ولم يقدم المستضع بلغها ، يبع من أعيان التركة ما يفي بالديون ، ويكون في ذلك انتقاص من الجزء من التركة الموصى بحق انتفاعه يتحمله المستضع (انظر المادة ٦١٢ مدني فرنسي ، والمواد ٩٥١ - ٩٥٢ من التفتين الملغى السوري ، والمواد ٤٧ - ٤٩ من قانون الملكية العقارية اللبناني) .
وانظر فيمن يتحمل مصروفات الدعاوى التي تتعلق بحق الانتفاع وبالرقبة المادة ٦١٣ مدني فرنسي .

(٢) تاريخ النصوص : م ٩٩٠ : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٥ من المشروع التمهيدي

على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين الملغى الجديد ، ما عدا أن نص المشروع التمهيدي كان يشتمل في آخر الفقرة الثانية على عبارة « حتى لو لم يطلب المالك الرد » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٦٥ في المشروع النهائي ، بعد حذف عبارة « ولو لم يطلب

وتقابل النصوص المادة ٤٣/٢٤ من التقنين المدني السابق (١) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٢٠١/٩٤٨ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٩٤-٩٩٥ - وفي التقنين المدني العراقي م ١/١٢٥٤ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ١/٤٤ (٢) .
ونتكلم فيما يأتي : (١) مدى مسئولية المستفيع عن حفظ الشيء . (٢) أمثلة عن أعمال الحفظ التي يجب على المستفيع القيام بها . (٣) القيود الواردة على مسئولية المستفيع عن حفظ الشيء .

المالك للردء من آخر الفقرة الثانية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٢ - ص ٥٤٤) .
م ٩٩١ : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
«إذا ملك الشيء أو تلف ، أو احتاج إلى إصلاحات جسيمة مما يجب على المالك القيام به ، أو اتخاذ إجراء يقيه من الخطر لم يكن منظوراً ، فله المستفيع أن يبادر بإخطار المالك ، وعليه إخطار المالك أيضاً إذا اقتصب أجنبى حقاً على الشيء . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٦٦ في المشروع النهائي ، بعد استبدال عبارة «ما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته» بعبارة «يجب على المالك القيام به» ، واستبدال عبارة «إذا استملك أجنبى بحق يدمر على الشيء نفسه» بعبارة «وإذا اقتصب أجنبى حقاً على الشيء» ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٣ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٤ - ص ٥٤٦) .

(١) التقنين المدني السابق م ٤٣/٢٤ : لا يسأل المستفيع عن ضياع أو تلف الشيء متى كان حاصلًا دون تقصير منه .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠١/٩٤٨ : ١ - حل المستفيع أن يستل المقاربات كالك محتن مجتهد . وعليه حل الأصغر أن يعلم المالك بالتهديدات التي يقدم عليها النير على المقاربات ، وإلا كان مسئولاً عن الضرر الذي يلحق بما لكها . ٢ - وعليه أيضاً أن يتابع العمل بصكوك التأمين المقررة سابقاً ، وأن يسد أنشاط التأمين المترتبة عليه . (ولهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٩٩٥/٩٩٤ - (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١/١١٥٤ : حل المستفيع أن يستعمل الشيء بحسب ما أمده ، وأن يذل من العناية في حفظه ما يذله الشخص المعتاد . وهو مسئول عن هلاكه ولوبيير قد ، إذا كان قد تأخر في رده إلى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع (وهذا النص يكاد يطابق المادتين ٩٩٠ و ١/٩٨٨ مدني مصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ١/٤٤ (تكاد تطابق المادة ٢٠١/٩٤٨ مدني سوري وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

٥١٩ - مدى مسؤولية المتنفع عن حفظ الشيء : تقول الفقرة الأولى

من المادة ٩٩٠ مدني ، كما رأينا (١) ، أنه « على المتنفع أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله الشخص المعتاد » . فهناك إذن التزام على المتنفع ، هو أن يقوم بالمحافظة على الشيء . وهو التزام يبذل عناية لا بتحقيق غاية ، فيطلب من المتنفع في القيام بهذا الالتزام أن يبذل عناية الشخص المعتاد ، وذلك سواء حصل على حق الانتفاع معاوضة أو تبرعا . فالخطأ الذي يسأل عنه المتنفع في حفظ الشيء هو أن ينحرف ، في المحافظة عليه ، عن السلوك المألوف للشخص المعتاد .

والخطأ هنا لا يفترض في جانب المتنفع ، بل على مالك الرقبة ، إذا أصاب الشيء تلف ، أن يثبت أن هذا التلف قد وقع بخطأ المتنفع ، أي بانحرافه في المحافظة على الشيء عن سلوك الرجل المعتاد . فإذا لم يستطع مالك الرقبة إثبات ذلك ، فلا مسؤولية على المتنفع . أما إذا أثبت مالك الرقبة خطأ المتنفع على هذا النحو ، فإن مسؤولية المتنفع عن التعويض تسرى عليها أحكام القواعد العامة . فيكون المتنفع مسئولاً عن تعويض مالك الرقبة عن جميع الأضرار التي لحقت بهذا الأخير من جراء تلف الشيء أو هلاكه .

ويعتبر انحرافاً عن السلوك المألوف للرجل المعتاد ، ومن ثم يعتبر خطأ يكون المتنفع مسئولاً عنه ، أن يتأخر المتنفع في رد الشيء للمالك بعد انتهاء مدة الانتفاع فيهلك الشيء في يده ولو كان الهلاك بسبب أجنبي (م ٢/٩٩٠ مدني) . والخطأ الذي يعتديه هنا هو تأخر المتنفع عن رد الشيء إلى المالك ، وقد اقترن الهلاك بهذا الخطأ فيكون المتنفع مسئولاً عن تعويض المالك عن الضرر الذي لحق به من جراء هلاك الشيء . وغنى عن البيان أنه يخلص مما تقدم أن المتنفع يلتزم برد الشيء إلى المالك عند انتهاء حق الانتفاع (٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥١٨ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدي في هذا الصدد : « على المتنفع أيضاً أن يحافظ على الشيء ، ويبذل من العناية في ذلك ما يبذله الشخص المعتاد . فان انتهى حق الانتفاع ، وجب عليه الرد . فإذا تأخر الرد وهلك الشيء ، ولو بسبب أجنبي ، كان مسئولاً عن الهلاك ، حتى لو كان المالك لم يطالب بالرد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٣) . وانظر كاربونيه ص ١١٠ .

٥٢٠ - أمثلة من أعمال الحفظ التي يجب على المنتفع القيام بها : ومن أمثلة أعمال الحفظ التي يجب على المنتفع القيام بها أن يبادر إلى إخطار مالك الرقبة بكل ما يتعرض له العين من أخطار مما يلزم المالك أن يتوقاه بنفسه ، حتى يتيسر لهذا الأخير أن يبادر إلى القيام بما تقتضيه الظروف من أعمال الوقاية. فإذا انتزع أجنبي الحيازة من المنتفع ، أو تعرض الأجنبي له في حيازته مستمسكا بحق يدعيه على الشيء نفسه كحق ملكية أو حق ارتفاق ، أو تعرض الشيء لخطر لم يكن منظورا كأن سقط عليه اللصوص أو استولت عليه الإدارة ولو استيلاء مؤقتا أو خربته غارة جوية ، أو هلك الشيء أو تلف لسبب لا يرجع إلى خطأ المنتفع كأن كان ذلك يرجع إلى سبب أجنبي أو إلى القدم (vétusté) ، أو احتاج الشيء إلى إصلاحات جسيمة مما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته ، وجب على المنتفع أن يبادر إلى إخطار مالك الرقبة بما وقع (م ٩٩١ مدني) . وليس للإخطار شكل خاص ، فيصح أنه يكون بكتاب أو شفويا ، ولكن يجب على المنتفع أن يثبت أنه قام بالإخطار اللازم . فإذا لم يثبت ذلك ، كان مسئولاً عن تعويض الضرر الذي يصيب مالك الرقبة من عدم المبادرة إلى الإخطار .

ومن أمثلة أعمال الحفظ أيضا ألا ينهك المنتفع بأرض زراعية الأرض بزراعة تدر عليه ربها كبيرا ، غير مبال بما يصيب الأرض من ضرر يلحق مالك الرقبة في سبيل الحصول على هذا الربح الكبير لنفسه . وكذلك لا يجوز له ، وهو يسكن الدار التي ينتفع بها ، أن يتلف الأبواب والنوافذ ، أو أن يلحق بالدار ضررا غير مألوف ، أو ألا يقوم بأعمال الصيانة اللازمة للمحافظة على سلامة الدار وما يلحق بها من أنابيب المياه والغاز والأحواض وغيرها مما يحتاج إلى عناية في حفظه .

وإذا كان المالك قد أمن على الشيء ، فإنه يعتبر من أعمال الحفظ أن يحدد المنتفع هذا التأمين ، وأن يدفع أقساط التأمين طول مدة انتفاعه (١) .

(١) أنظر م ٢/٩٤٨ مدني سوري وم ١/٤٢ من قانون الملكية العقارية اللبناني . وانظر كذلك المادة ١٠٤٥ مدني الماني . أما في فرنسا فيبدو أن المنتفع لا يلتزم بتجديد هذه التأمين (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٣٢ - مازو فقرة ١٦٨١) .

٥٢١ - القيد الواردة على مسؤولية المتنع عن حفظ الشيء : ويرد على مسؤولية المتنع عن حفظ الشيء قيدان :

(القيد الأول) لا يكون المتنع مسئولاً عن إعادة البناء الذي تهدم بسبب فجائي أو بسبب القدم (م ٦٠٧ مدني فرنسي) . فما دام التهدم لا يرجع إلى خطأ في جانبه كإهماله في القيام بأعمال الصيانة ، فهو غير مسئول عنه ، ولا يلزم بإعادة البناء . وكذلك الإصلاحات الجسيمة فقد قدمنا أنه غير مسئول عنها ، إلا إذا كانت راجعة إلى خطأه . وإذا كان المتنع غير ملزم بإعادة البناء ولا بالإصلاحات الجسيمة في الأحوال التي قدمناها ، فإن مالك الرقبة غير ملزم هو أيضاً بذلك . وإذا هو أعاد البناء أو قام بالإصلاحات الجسيمة ، فإن له يرجع بفوائد التكاليف التي أنفقها على المتنع طول مدة الانتفاع ، وإذا قام المتنع نفسه بإعادة البناء أو بالإصلاحات الجسيمة ، فإن له أن يسترد التكاليف من مالك الرقبة عند انتهاء حق الانتفاع (١) .

(القيد الثاني) يستطيع المتنع أن يتخلص من الزامه بحفظ الشيء وبالقيام بأعمال الصيانة الواجبة ، وذلك بالتخلي (abandon) عن حقه في الانتفاع . فإن هذا الالتزام الترام عيني كما قدمنا ، فإذا تخلى عن العين يتخلص من الالتزام الذي كانت العين سبباً فيه . على أنه لا يتخلص من الالتزام إلا من وقت التخلي ، أما ما وجب عليه من أعمال الصيانة قبل ذلك فيلترم بالقيام به من وقت التخلي ، حتى لو رد الثمار التي قبضها من العين منذ بداية الانتفاع . فقد ترتب الالتزام نهائياً في ذمته قبل التخلي ، وليس للتخلي أثر رجعي (٢) .

§ ٤ - جرد المنقول ونهديم كفالة به

٥٢٢ - نص قانوني : تنص المادة ٩٩٢ مدني على ما يأتي :

١ - إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً ، وجب جرده ،

(١) أنظر آتفاًقرة ٥١٧ .

(٢) بودري وشوفو ققرة ٦٨٠ - بلانويل وريير وبيكار ٣ ققرة ٧٢٧ من ٨٢٠ -

وقارن لويمري ورو ٢ ققرة ٢٣١ وهاش ٢٢ .

ولزم المستفع تقديم كفالة به . فان لم يقدمها بيع المال المذكور ، ووظف ثمنه في شراء سندات عامة يستولى المستفع على أرباحها .

٢ - وللمستفع الذى قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك ، وإنما عليه أن يرد بالما عند انتهاء حقه في الانتفاع . وله نتاج الموائى ، بعد أن يعرض منها ما نفق من الأصل بحادث مفاجئ .^(١)

ويقابل النص في التقنين المدنى السابق المواد ٢١-٢٣/٤٠-٤٢ (٢) .
ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدنى السورى م ٩٣٩ - ٩٤٢ - وفى التقنين المدنى الليبى ٩٩٦ - وفى التقنين المدنى العراقى م ١٢٥٦ - وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٣٥ - ٣٨ (٣) .

٥٢٣ - الالتزام فى هذا الالتزام على المنقول ووجه العقار :
ترتيب التزام فى ذمة المستفع بالجرد (inventaire) وبتقديم كفالة caution يقصر التقنين المدنى المصرى ، كما نرى من النص سالف الذكر ، على المنقول دون العقار . أما العقار فلا يلتزم المستفع فى شأنه بأن يحجر بياناً (état) عنه ، ولا أن يقدم كفالة به . وهذا بخلاف التقنين المدنى الفرنسى ، فانه يوجب الجرد فى المنقول وتحرير البيان فى العقار ، ويوجب فى الحالتين على المستفع تقديم كفالة . وقد سار التقنين المدنى المصرى الجديد فى ذلك على سنة التقنين المدنى المصرى السابق ، فقد كان هذا التقنين أيضاً لا يوجب الجرد ولا الكفالة إلا فى المنقول .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٤٧ من المشروع التمهيدى مل وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٦٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٤ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٢ (مجلة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٦ - ص ٥٤٨) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٤٠/٢١ : إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً ، وجب حصره بالجرد ، ولزم المستفع تقديم كفالة به . فان لم يقدمها بيع المال المذكور ، ووضع ثمنه فى أوراق أميرية ، وأعطيت أرباحها إليه .

م ٤١/٢٢ : يجوز للمستفع الذى قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء التى تنعم بالاستعمال ، إنما عليه أن يرد بها عند انتهاء حقه فى الانتفاع .

م ٤٢/٢٣ : الزيادة التى تحصل من نتاج الموائى تكون للمستفع بها ، إنما بعد أن يستعوض من النتاج ما نفق من الأصل بأفق ساهوية .

(وهذه النصوص جميعاً تتفق مع نص التقنين المدنى الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

ويبرر الخطوة التي سار عليها التقنين المدني المصري ، السابق والجديد ، أن العقار لا يخشى عليه ، وقل أن يحدث في ذاتيته أو في قيمته خلاف . وإذا أراد مالك الرقبة أن يحاط فيما يتعلق بحالة العقار ، فله أن يحرق بيئاً بحالته ، ولكن هذا لا يكون التزاماً في ذمة المتنع . والأمر يختلف بالنسبة إلى المنقول ، فهو عرضة للضياع ، وقد لا يتيسر التثبت من ذاتيته أو من قيمته ، فأوجب المشرع على المتنع أن يجري جرده في محضر حتى تتبين ذاتيته ، مع تقويمه حتى تتحدد قيمته . ثم لما كان من اليسير تبديد المنقول أو ضياعه ، فقد أوجب المشرع المصري أيضاً على المتنع أن يقدم كفالة به ، حتى يضمن بذلك حق مالك الرقبة في استرداده أو استرداد قيمته عند نهاية حق الانتفاع .

٥٢٤ - محرر محضر جرد بالمنقول : ولم يوجب القانون شكلاً خاصاً لمحضر الجرد ، على خلاف التقنين المدني الفرنسي الذي يوجب أن يحرق

- التقنين المدني السوري ١٩٢٩م : ١ - يجب على المتنع قبل مباشرته الانتفاع : (١) أن ينظم كشفاً بالمقاربات (ب) أن يقدم كفلاً قديراً على النفع . ٢ - حل أنه يجوز إضاؤه من هذين الالتزامين بنص السنه الذي ينشأ بموجبه حق الانتفاع . ١٩٤٠م : ١ - يجب تنظيم الكشف بالمقاربات بحضور المالك أو بعد أن يدعى إلى ذلك بطريقة قانونية ، ويجب تحريره على الشكل المتبع لدى الكاتب العدل ، حل نفقة المتنع . ٢ - حل أنه يجوز للمتنع أن يتفق ومالك الرقبة ، بشرط أن يكون الطرفان حائزين على أعلية المتناقد ، حل وضع الكشف بالتراضي ويعون نفقة . ١٩٤١م : إذا قدمت للكفالة متأخرة ، فالثمار التي يكون قد تناولها مالك المقار أثناء هذا التأخير ترد للمتنع . ٢ - ويجوز أن يستأمن عن الكفالة برهن أو تأمين على أموال تعتبر كافية .

١٩٤٢م : إذا لم يقدم المتنع الكفالة ولا ضمانة أخرى ، فتؤجر المقاربات الجارية عليها حق الانتفاع أو تسلّم إلى حارس قضائي ، وتؤخذ أجرة الحارس من ثمار المقار . (وهذه النصوص ، كنصوص قانون الملكية المقارية اللبناني ، التي هي مصدرها ، لا تتكلم إلا عن حق الانتفاع بالمقار) .
التقنين المدني الليبي ١٩٦٦م (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : ١٢٥٦م (توافق الفقرة الأولى من المادة ٩٩٢ مدني مصري) .
قانون الملكية المقارية اللبناني ٣٥ - ٣٨ (توافق المواد ٩٢٩ - ٩٣٨ مدني سوري
سائلة الذكر ، وهذه المواد الأخيرة مأخوذة منها) .

محضر الجرد في ورقة رسمية ما لم يعف المنتفع من هذه الرسمية أو يعف من تحرير محضر الجرد أصلاً . ففي مصر إذن يجوز تحرير محضر الجرد في ورقة عرفية ، ويوقع عليه كل من المنتفع ومالك الرقبة ، ويكون هو الدليل الكتابي على ما تسلمه المنتفع من المنقولات وحالة هذه المنقولات وقيمتها . ويجوز إعفاء المنتفع من تحرير محضر الجرد في سند حق الانتفاع ، أى في العقد أو الوصية التي أنشأت هذا الحق . ولا يعد سكوت مالك الرقبة عن تحرير محضر الجرد بعد تسلم المنتفع للمنقولات إعفاء للمنتفع من تحرير هذا المحضر ، بل يصح أن يطالب مالك الرقبة المنتفع بعد أن يكون هذا قد سلم المنقولات بتحرير المحضر .

وعدم قيام المنتفع بالتزامه من تحرير محضر الجرد لا يترتب عليه أن يفقد حق انتفاعه ، بل كل ما يترتب عليه أنه لا يستطيع تسلم المنقولات من مالك الرقبة قبل تحرير هذا المحضر . وللمنتفع بعد تحرير محضر الجرد أن يتسلم المنقولات وأن يتسلم ثمارها من بداية حق الانتفاع ، فان حقه لم يسقط في تقاضى هذه الثمار (١) .

٥٢٥ - **تقديم الكفالة بالمنقول** : ولا يكفي تحرير محضر جرد للمنقول ، بل يجب على المنتفع أن يقدم في الوقت ذاته للمالك الرقبة كفالة بهذا المنقول . فإذا أضعاع المنتفع المنقول أو بدده أو أتلفه أو ألحق به أى ضرر ، كان الكفيل ضامناً للتعويض الذى يلتزم المنتفع بدفعه لمالك الرقبة . ويجب أن يكون الكفيل مقتدراً ومقيماً في مصر ، ويقوم مقام الكفالة أن يقدم المنتفع رهناً رسمياً أو رهن حيازة (٢) . وإذا كانت السندات المنتفع بها سندات لحاملها ، فإن تحويلها إلى سندات اسمية ، تسجل باسم مالك الرقبة بالنسبة إلى الرقبة وباسم المنتفع بالنسبة إلى حق الانتفاع ، يكون ضماناً كافياً ، ويعفى المنتفع من تقديم كفالة (٣) .

(١) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٨٢٢ .

(٢) وتنص المادة ٧٧٤ ملى على أنه « إذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيماً في مصر . وله أن يقدم ، عوضاً عن الكفيل ، تأميناً عينياً كافياً » .

(٣) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٨٢٦ .

وعلم قيام المتضع بتقديم كفالة على النحو المتقدم الذكر لا يحرمه من حق الانتفاع ، ولكن يمنعه من تسليم المقولات قبل تقديم الكفالة ، فإذا ما قدمها فإنه يسلم المقولات كما يتسلم ثمارها من وقت بداية حق الانتفاع ، على النحو الذى قدمناه في تحرير المحضر . وإذا سلم مالك الرقبة المقولات قبل أن يقدم المتضع الكفالة ، فإن هذا لا يعنى المتضع من تقديم الكفالة فيها بعد ، إلا إذا استخلص من تسليم المقولات على هذا النحو نزول ضمنى من مالك الرقبة عن الكفالة (١) .

ويجوز إعفاء المتضع من تقديم الكفالة ، إعفاء صريحاً أو ضمنياً . فيرد الإعفاء صراحة في السند الذى ينشئ حق الانتفاع من عقد أو وصية ، كما يستخلص ضمناً من أن المالك باع العين أو رهنها واحتفظ لنفسه بحق الانتفاع ، فإن سكوت المشتري أو الموهوب له عن اشتراط تقديم الكفالة يستفاد منه أن مالك الرقبة قد نزل عن حقه في طلب الكفالة (م ٦٠١ مدنى فرنسى) .

وإذا لم يقدم المتضع الكفالة ولم يعف من تقديمها ، فإنه يجوز لمالك الرقبة أن يطلب بيع المقولات بالطريقة التى تقرها المحكمة ، وتوظيف ثمنها في سندات عامة ، أى سندات على الدولة كسندات الدين الموحد أو سندات قرض الانتاج ، لأن هذه السندات توفر لكل من مالك الرقبة والمتضع قدراً كبيراً من الضمان . ويكون للمتضع في هذه الحالة أرباح هذه السندات طول مدة الانتفاع ، ولا يدخل في الأرباح ما عسى أن أن يكسب السند من جائزة ، بل الجائزة تكون لمالك الرقبة ، فإذا انتهى حق الانتفاع ، ردت السندات لمالك الرقبة ، وأصبحت ملكيته لها كاملة وله أن يتصرف فيها كما يشاء .

٥٢٦- الانتفاع بالأشياء القابلة للاستهلاك والانتفاع بقطع من الأراضي

إمام : وتقول الفقرة الثانية من المادة ٩٩٢ مدنى ، كما رأينا (٢) ، إن للمتضع الذى قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك ، وإنما عليه

(١) أوبرى ورد ٢ فقرة ٢٢٩ ص ٦٤٤ - بلانيول ورييرويكار ٣ فقرة ٨٢٥ .

(٢) انظر أيضاً فقرة ٥٢٢ .

أن يرد بدلها عند انتهاء حقه في الانتفاع . وله نتاج المواشي بعد أن يعوض منها ما نفق من الأصل بحادث مفاجيء » . وهذا النص يشير ، فيما يتعلق بالأشياء القابلة للاستهلاك ، إلى شبه حق الانتفاع . وقد سبق الكلام ذلك ، كما يشير فيما يتعلق بالمواشي إلى الانتفاع بقطع من المواشي وقد سبق أيضا الكلام فيه ، فتحيل هنا إلى ما قدمناه هناك (١) .

المبحث الثاني

آثار حق الانتفاع بالنسبة إلى مالك الرقبة

٥٢٧ - هو التصرف في الرقبة : للمالك الرقبة أن يتصرف تصرف

المالك في الرقبة ، بحيث لا يكون في هذا التصرف ضرر يلحق انتفاع المتفع بالعين . فله أن يبيع الرقبة أو يقايض عليها أو يقدمها حصّة في شركة أو يقدمها مقابلًا لوفاء دين في ذمته أو يهبها أو يوصي بها . وينتقل إلى مالك الرقبة الجديد ، على هذا النحو ، جميع حقوق المالك السابق ، وبوجه خاص يصبح مالكا للعين ملكية كاملة بعد انتهاء حق الانتفاع (٢) .

ولمالك الرقبة في العقار أن يرهنها رهناً رسمياً ، ولدائنيه أن يأخذوا عليها حق اختصاص . وقد يترتب على الرقبة في العقار والمنقول حق امتياز كما إذا باع مالك العقار أو المنقول حق الرقبة واحتفظ لنفسه بحق الانتفاع ، فيكون له حق امتياز على الرقبة لاستيفاء الثمن . فإذا ترتب حق من هذه الحقوق على الرقبة ، جاز للدائن أن يبيعها استيفاء لحقه ، فيكون للراسي عليه المراد نفس حقوق مالك الرقبة الأصلي ، وعلى ذلك يصبح مالكا للعين ملكية كاملة عند انتهاء حق الانتفاع (٣) .

(١) أنظر كنفأ فقرة ٤٧٧ وفترة ٤٩٥ .

(٢) أنظر م ٩٥٨ من التفنين المفق السوري وم ٥٤ من قانون الملكية العقارية اللبناني .

(٣) وفي التنفيذ على الرقبة لا يدخل المتفع طرفاً في الإجراءات ، لأن حقه لا يتأثر ولا يضار بهذا التنفيذ (استئناف مخطط ١٦ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥١) . ولا يجوز للمتفع التدخل في عملية تتضمن رغبة العين المتفع بها ، لأن المتفع حقه على لا يتأثر بالتفليس ولا يضار بها (استئناف مخطط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٠٤) .

وإذا باع مالك الرقبة الملكية الكاملة للعين ، لم ينفذ هذا البيع في حق المتفع إلا برضاه . وقد يتفقان على أن يخص كل منهما بحصة من الثمن يتناسب مع قيمة حقه ، أو أن يبق الثمن كله لمالك الرقبة على أن يكون للمتفع فوائده . إلى نهاية حق الانتفاع ، أو على أمر آخر يرضيانه معاً (قانون بلانيول وريبير وييكار فقرة ٨٤٨) .

ولمالك رقة العقار أيضاً أن يرتب حق ارتفاق على العقار ، فاذا تعارض استعمال حق الارتفاق مع انتفاع المنتفع ، لم يجوز للمالك العقار المرتفق أن يستعمل حق الارتفاق إلا بعد انتهاء حق الانتفاع (١) .

٥٢٨ - الحق في الحصول على ما تنتجه العين إذا لم يكن ثماراً :

وإذا كان من المسلم به أن تكون ثمار العين للمنتفع ، فإن ما تنتجه العين مما لا يعتبر ثماراً يكون للمالك الرقة . فاذا كان الشيء المنتفع به سنبلاً أو سهماً وربح جائزة ، فالجائزة لا تعتبر ثماراً وتكون مالك الرقة ويكون للمنتفع فوائد الجائزة (٢) . وإذا وزعت الشركة جزءاً من احتياطياتها على المساهمين ، أو وزعت عليهم سندات إضافية اشترتها بجزء من رأس المال أو كانت تمثل حصة ساهمت بها الشركة في شركة أخرى ، اعتبر هذا جزءاً من رأس المال لا من الربح ، فيكون للمالك الرقة وتكون فوائده للمنتفع . وإذا أصدرت الشركة أسهماً جديدة لزيادة رأس المال ، وأضافت علاوة (prime) على القيمة الاسمية للسهم الجديد تمثل نصيب هذا السهم في الاحتياطيات ، فهذه العلاوة لا تعتبر ربحاً بل هي جزء من رأس المال . فاذا وزعت الشركة هذه العلاوات على المساهمين القدامى ، كان نصيب السهم من هذه العلاوات من حق مالك الرقة وللمنتفع والفوائد (٣) .

٥٢٩ - من مباشرة الدعاوى التي تتعلق بالرقبة ولمالك الرقة أن

يأمر الدعاوى التي تتعلق بالرقبة . فله أن يرفع دعوى الاستحقاق ، ودعاوى الحيازة ، ودعوى الإقرار بحق ارتفاق أو إنكاره ، ودعوى القسمة ، ودعوى تعيين الحدود (٤) .

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٧ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٩٨ .

(٣) أنظر في كل ذلك آنفاً فقرة ٤٩٨ - وإذا كان ما تنتجه العين مما لا يعتبر ثماراً هو حق مالك الرقة على النحو الذي قدمناه ، فأولى أن يكون من حق مالك الرقة ما لم تنتجه العين ولا يعتبر جزءاً منها . فالكنز الذي يثمر عليه في العقار المنتفع به يكون من حق مالك الرقة دون المنتفع ، بل إن المنتفع لا يحق له الحصول على الفوائد في هذه الحالة لأن الكنز مال مستقل عن المقادير ليس ناتجاً منه ، وقد سبق بيان ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٤٩٦) .

(٤) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٢٣ ص ٦٨٧ - بودرى وشوفو فقرة ٥٥٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥٠ ص ٨٠٣١ - وإذا كانت هناك دعوى تتعلق بالرقبة وحق

٤٢ - عبودية مالك الرقبة بالمنفعة

٥٣٠ - وجود التزامات شخصية في ذمة المنتفع نحو مالك الرقبة :

وأما أن هناك التزامات شخصية ترتب في ذمة المنتفع نحو مالك الرقبة ، وهي التزامات نشأت بحكم القانون من واقعة مادية ، هي وجود العين تحت يد المنتفع (١) فهذه الالتزامات تجعل الحق لمالك الرقبة في أن يطالب المنتفع بتنفيذها بمجرد أن يخل بها هذا الأخير ، ولا يجبر مالك الرقبة على الانتظار إلى نهاية حق الانتفاع حتى يطالب بتنفيذها . بل إن لمالك الرقبة أن يطلب الحكم بإسقاط حق الانتفاع قبل نهايته ، إذا أساء المنتفع استعمال الشيء أو استأذنه إلى درجة تعرض الرقبة للخطر (م ٢/٩٨٨ مدني) (٢) . وعلى المنتفع بوجه خاص أن يرد العين للمالك عند نهاية حق الانتفاع .

٥٣١ - لا توجد التزامات شخصية في ذمة مالك الرقبة نحو المنتفع :

ولما كان المنتفع له حق عيني على العين هو حق الانتفاع ، فإن له بموجب هذا الحق العيني سلطة مباشرة على العين لا يحتاج في استعمالها إلى تدخل مالك الرقبة ، كما يحتاج المستأجر الذي ليس له إلا حق شخصي لتدخل المؤجر لتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة . وعلى ذلك لا توجد التزامات شخصية في ذمة مالك الرقبة نحو المنتفع ، والمنتفع وشأنه ينتفع بالعين مباشرة طبقاً لما حوله له القانون من حقوق دون حاجة إلى معاونة مالك الرقبة في ذلك . وقد يرتب للمالك على العين حق انتفاع معاوضة ، ويلتزم في العقد بضمان التعرض والاستحقاق ، ولكن الالتزام الذي ترتب هنا في ذمة مالك الرقبة إنما ترتب بموجب العقد لا بموجب حق الانتفاع (٣) .

سواء انتفاع مآ ، ودخل المنتفع وحده فيها غصباً ، كان حل الغصب الآخر أن يدخل مالك الرقبة غصباً في الدعوى حتى يكون الحكم سارياً في حقه . أما إذا كانت الدعوى تتعلق بالرقبة وحدها دون حق الانتفاع ، كما إذا تنازع حل الرقبة شخصان يملكان مآ بأن حق الانتفاع لشخص ثالث ، فلا محل في هذه الحالة - لإدخال المنتفع غصباً في الدعوى (بلانيول وريبير وييكار ٣ فقرة ٨٥٠) - وتبقى مستندات ملكية الدين عند مالك الرقبة ، حل شرط أن يمكن المنتفع من استعماله عند الاقتضاء وتقديمها في الدعوى (ديبولوب فقرة ٢١٨ مكررة - بودي وشومو فقرة ٤٣٤) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥١١ وما بعدها .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥١٤ .

(٣) بلانيول وريبير وييكار ٣ فقرة ٨٥٤ ص ٨٣٤ هامش ٢ .

٥٣٢ - لا يجوز لمالك الرقبة أنه يتسبب في تعطيل أو في إنقاص

من المتنع: ولا يجوز لمالك الرقبة أن يتسبب في تعطيل أو في إنقاص حق المتنع. ولكن ذلك لا يرجع إلى وجود التزام شخصي بالضمان في ذمة مالك الرقبة نحو المتنع ، بل يرجع إلى أن للمتنع حقاً عينياً لا يجوز لأحد أن يتعدى عليه ، شأن مالك الرقبة في عدم جواز التعدى على حق المتنع شأن أى شخص آخر (١) . وعلى ذلك لا يجوز لمالك الرقبة ، دون موافقة المتنع ، أن يدخل تعديلاً في العين ، كأن يقيم أبنية جديدة أو يعلى البناء الموجود أو يهلم جزءاً منه (٢) ، أو أن يحول سنداً اسماً إلى سند لحامله (٣) ، أو يبيع العقار المتنع به ويبادر إلى تسجيل البيع قبل أن يسجل المتنع حق الانتفاع (٤) .

٥٣٣ - من مالك الرقبة استند في تعطيل أو إنقاص من المتنع

للمحافظة على العين : على أن مالك الرقبة ، إذا كان عليه في الأصل أن يمتنع عن تعطيل أو إنقاص حق المتنع شأنه في ذلك شأن أى شخص آخر ، ليس كأي شخص آخر أجنبياً عن العين ، بل هو ملكه ويعنيه أن يحافظ على سلامتها . فله أن يقوم بالإصلاحات الجسيمة في العين ولو لم يوافق المتنع ، بل ولو حرم المتنع بذلك من الانتفاع بالعين المدة اللازمة للقيام بهذه الإصلاحات ، وذلك دون أن يكون مالك الرقبة مسئولاً عن تعويض المتنع عن هذه المدة . فالإصلاحات الجسيمة ، وإن لم يكن القيام بها التزاماً في ذمة مالك الرقبة ، إلا أن القيام بها من حقه حتى يحافظ على سلامة العين (٥) .

(١) بازو فقرة ١٦٦١ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٢٣ ص ٦٨٥ - بودري وشوفو فقرة ٥٥٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥٥ ص ٨٣٤ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥٥ ص ٨٣٥ .

(٤) والذي يقطع في أنه لا يوجد التزام شخصي في هذا الصدد في ذمة مالك الرقبة لأن هذا الأخير إذا كان له عقار مجاور للعقار المتنع به ، فإن له أن يستعمل حقه ملكيته كاملاً في هذا العقار ، ولو أدى ذلك إلى الإضرار بالمتنع ، مادام أنه قد راعى التزامات الجوار فلم يلحق بالمتنع ضرراً غير مألوف (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٢٣ ص ٦٨٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥٥ ص ٨٣٥) .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٥١٧ .

وإذا كان القيام بالإصلاحات الجسيمة من حق مالك الرقبة ، فأولى أن يكون من حقه إعادة بناء ما تهدم من العين بسبب فجائي أو بسبب القدم ، وقد سبق الكلام في ذلك ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك (١) .

الفرع الثالث

انتهاء حق الانتفاع

البُحث الأول

الأسباب التي ينتهي بها حق الانتفاع

٥٣٤ - يانه هزه الوُساباب : السبيان المألوفان لانتهاء حق الانتفاع هما انقضاء الأجل وموت المستفع . ثم إن حق الانتفاع قد ينتهي بهلاك الشيء ، وبعلم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة ، وهذان السبيان قد ورد في شأنهما نص صريح ، يضاف إلى الأسباب الأربعة المتقدمة ثلاثة أسباب أخرى لم يرد في شأنها نص صريح ، هي تملك حق الانتفاع بالتقادم ، والتزول عنه ، واتحاد النعمة . فهذه أسباب سبعة (٢) ، يستعرضها على التتابع .

(١) أنظر آنفاًقرة ٥٢١ - وانظر في التأمين على العين المستفع بها ، سواء من جانب مالك الرقبة وحده أو من جانب المستفع أو كان من جانبيهما معاً ، ولمصلحة أي منهما أو لمصلحة الاثنين : بلانيول وريير وبيكار ٣ ققرة ٨٥٣ .

وهناك رأى في الفقه القرنى يدعو إلى إيجاد تضامن وتعاون أكبر بين مالك الرقبة والمستفع في خلال مدة الانتفاع ، فيجوز مثلاً للمستفع أن يلزم مالك الرقبة بالقيام بالإصلاحات الجسيمة ، ويكون له الحق في تقاضي تعويض عن التآخيرات والمشاكل التي يستحدثها في العين المستفع بها ، ويكون له تحت رقابة القضاء الحق في تعديل طرق الانتفاع بالعين المستفع بها وطرق استغلالها (كاربونيه ص ١١٥) .

(٢) وهناك أسباب أخرى ، تكفي الإشارة إليها هنا . فقد ينتهي حق الانتفاع لسقوط بسوء الاستعمال ، وقد تقدم الكلام في ذلك (آنفاًقرة ٥١٤) . وقد ينتهي أيضاً بفسخ حق المالك الذي رتب الانتفاع ، كما لو كانت ملكيته معلقة على شرط فاسخ ويتحقق الشرط ومن ثم تزول الملكية بأثر رجعي ويؤول تيمناً لزوالها مارتبه المالك من حق الانتفاع ، وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة . أما شبه حق الانتفاع ، وفيه تنتقل ملكية الأشياء القابلة للاستهلاك إلى المستفع ، فإنه لا ينتهي إلا بانقضاء الأجل وبموت المستفع (بلانيول وريير وبيكار ٣ ققرة ٨٦١) .

٥٣٥ - انتهاء حق الانتفاع بانقضاء الأجل وموت المنتفع نصي

قانوني : تنص المادة ٩٩٣ مدني على ما يأتي :

١ - ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين ، فان لم يمين له أجل عد مقررأ لحياة المنتفع . وهو ينتهي على أى حال بموت المنتفع ، حتى قبل انقضاء الأجل المعين .

٢ - وإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المنتفع بزرع قائم ، تركت الأرض للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع ، على أن يدفعوا أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن (١) .

وغخلص من هذا النص أن حق الانتفاع أما أن يحدد سندا لإنشائه (العقد أو الوصية) له أجلا ، أو ألا يحدد . ففي الحالة الأولى ، ينتهي حق الانتفاع بأحد أمرين : انقضاء الأجل المحدد (٢) ، أو موت المنتفع حتى قبل انقضاء

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٨ من المشروع التمهيدي على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٦٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٨ - ص ٥٥٠) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق : م ٣٣/١٦ : لا يسطر ذلك الحق إلا لشخص أو أكثر موجود على قيد الحياة وقت الإعطاء ، وينتهي على كل حال بوفاة إن لم يكن يمينا يحدد قبل الوفاة المذكورة . م ٤٦/٢٧ : ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الزمن المعين له ، أو بترك المنتفع حقه فيه ، أو بانعدام المال المقرر عليه حق الانتفاع ، أو باستعماله استعمالا غير جائز ، هذا مع مراعاة حقوق الدائنين المرتهنين . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢٠١/٩٥٤ : ١ - يسقط حق الانتفاع بانتهاء أجله ، أو بموت المنتفع أو بتلف الشيء المنتفع به تلفا كاملا ، ... ٢ - لا يكون لهذا السقوط أثر قانوني إلا بعد ترقين القيد المدون في السجل العقاري .

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٩٩٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٥٧ (مطابق الفقرة الأولى من المادة ٩٩٣ مصري) .
قانون الملكية العقارية اللبناني م ١/٥٠ (مطابق م ٢٠١/٩٥٤ سوري سالفه الذكر ،

والمادة الأخيرة مأخوذة منها) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن حق الانتفاع ينتهي بانقضاء الأجل وينتهي معه حق من تلقى حق الانتفاع والمنتفع ، وذلك دون حاجة إلى إعذار من المالك أو انفاز منه (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٩) .

الأجل المحدد . ونرى من ذلك أن حق الانتفاع لا يورث ، ما دام ينتهي
 حتماً بموت المنتفع . وفي الحالة الثانية ، إذا لم يحدد لحق الانتفاع أجل ، اعتبر
 هذا الحق مقررأمدى حياة المنتفع ، وانتهى هنا أيضاً بموت المنتفع (١) .
 وإذا انتهى حق الانتفاع بانقضاء الأجل أو بموت المنتفع ، وكان في
 الأرض زرع قائم ، فقد قدمنا أن الأرض ترك للمنتفع إذا كان انتهاء حق
 الانتفاع بسبب انقضاء الأجل ، أو ترك لورثته إذا كان انتهاء هذا الحق
 بموت المنتفع ، إلى حين إدراك الزرع ، على أن يدفع المنتفع أو ورثته للمالك
 الرقبة أجرة المثل للأرض من وقت انتهاء حق الانتفاع إلى وقت
 إدراك الزرع (٢) .

٥٣٦ - انتهاء حق الانتفاع بهلاك الشيء ونهي قانوني : تنص المادة

٩٩٤ مدني على ما يأتي :

١ - ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء ، إلا أنه ينتقل من هذا الشيء
 إلى ما قد يقوم مقامه من عوض » .

٢ - وإذا لم يكن الهلاك راجعاً إلى خطأ المالك ، فلا يجبر على إعادة
 الشيء إلى أصله . ولكنه إذا أعاده ، رجع للمنتفع حق الانتفاع إذا لم يكن
 الهلاك بسببه . وفي هذه الحالة تطبق المادة ٩٨٩ الفقرة الثانية « (٣) .

(١) وقد قدمنا أنه إذا قرر حق الانتفاع لمصلحة شخص معنوي ، فإنه يدوم مادام هذا
 الشخص المعنوي قائماً ، ولا ينتهي إلا بانحلال الشخص المعنوي ، ما لم يكن قد حدد أجل لحق
 الانتفاع وانقضى الأجل قبل انحلال الشخص المعنوي (أنظر آنفاً فقرة ٤٨٤) .
 (٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٩٣ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٩ من المشروع التمهيدى على الوجه
 الآتي : « ١ - ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء ، إلا أنه ينتقل من هذا الشيء إلى الموضع الذي
 قام مقامه . ٢ - وإذا لم يكن الهلاك راجعاً إلى خطأ المالك ، فلا يجبر على إعادة الشيء
 لأصله . ولكنه إذا أعاده ، رجع حق الانتفاع » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٦٩
 في المشروع النهائي ، بعد تعديله على الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق
 عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٤ (مجموعة الأعمال
 التحضيرية ٦ ص ٥٥١ - ص ٥٥٣) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٤٦/٢٧ (أنظر آنفاً فقرة ٥٣٥ في الهامش) .
 ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣/٩٥٤ : ينتقل حق الانتفاع عند الانقضاء إلى التمييز المدفوع

ويخلص من هذا النص أنه إذا هلك الشيء المنتفع به هلاكاً كلياً ، انتهى حق الانتفاع لانعدام محله . والهلاك قد يكون مادياً كما إذا احترقت الدار أو انهدمت ، وقد يكون قانونياً كما إذا نزع ملكية الشيء للمنفعة العامة .

فإذا كان الهلاك يرجع إلى خطأ المنتفع ، ألزم باعادة الشيء إلى أصله على سبيل التعويض ، ويعود حق الانتفاع . وإذا كان الهلاك يرجع إلى خطأ مالك الرقبة ، أجبر على إعادة الشيء إلى أصله ، ويعود حق الانتفاع مع تعويض المنتفع عن المدة التي فاتته فيها الانتفاع . وإذا كان الهلاك يرجع إلى خطأ الغير ، فإن حق الانتفاع ينتقل إلى التعويض المرتب في ذمة الغير ، ويكلف المنتفع بتقديم كفالة لأن التعويض وهو مبلغ من النقود قابل للاستهلاك . وكذلك الحكم فيما إذا كان الهلاك يرجع إلى نزع ملكية الشيء للمنفعة العامة ، فينتقل حق الانتفاع إلى التعويض ، ويكلف المنتفع بتقديم كفالة . وإذا كان الهلاك قضاء وقدرأ ، لم يجبر المالك على إعادة الشيء إلى أصله ، ولكنه إذا أعاده رجع حق الانتفاع للمنتفع ، ويلتزم هذا بأن يردى المالك فوائد ما أنفقه طول الباقى من مدة حق الانتفاع (م ٩٨٩ / ٢ مدنى) .

وإذا كان الشيء مؤمناً عليه ، فإن كان التأمين لمصلحة المنتفع وحده كان له قبض مبلغ التأمين ، وكذلك إذا كان التأمين لمصلحة المالك وحده فإن لهذا أيضاً قبض مبلغ التأمين . أما إذا كان التأمين لمصلحة الاثنين معاً ، فإن حق الانتفاع ينتقل إلى مبلغ التأمين ، ويكون للمنتفع فوائده وللمالك رأس المال (١)

عن التأمين أو ثمن الاستهلاك لمفعنه عامة (وانظر م ١/٩٥٤ سورى آنفاً فقرة ٥٣٥ فى الهامش) .
م ٩٥٦ : ١ - إذا لم يكن حق الانتفاع جارياً إلا على بناية ، وحدث أن تلفت هذه البناية بحريق أو بحدوث آخر ، أو أنها سقطت من القدم ، فلا يحق للمنتفع أن يستغل الأرض ولا مواد البناء . ٢ - ويكون الأمر بالعكس فيما إذا كان الانتفاع يشمل تمام العقار الذى تكون البناية جزءاً منه ، فالم تطبق فى الحالتين المذكورتين الفقرة الثانية من المادة ٩٥٠ .
(وهذه الأحكام تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى اليابى م ٩٩٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٥٨ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اليابانى م ٥٠٠ (توافق المادة ٩٥٤ مدنى سورى بفقراتها الثلاث ، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

م ٥٢ (توافق المادة ٩٥٦ مدنى سورى ، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦

٥٣٧ - انتهاء حق الانتفاع بعدم الاستعمال - نص قانوني :
تنص المادة ٩٩٥ مدني على ما يأتي :

« ينتهى حق الانتفاع بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة » (١) .
ويخلص من هذا النص أن حق الانتفاع ، ككل حق عيني آخر عدا حق الملكية ، يسقط بالتقادم المسقط ، أى بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة . ويتقطع التقادم باستعمال المتفع أو من ينوب عنه (كستأجر أو مشتر) العين ولو مرة واحدة ، بل ولو انطوت هذه المرة على إساءة في الاستعمال . وكذلك يوقف التقادم كلما وجد سبب يتعذر معه على المتفع أن يستعمل العين ، كما لو كان المتفع قاصراً وليس له ولي أو وصي .
ومتى انتهى حق الانتفاع بعدم الاستعمال ، عاد الحق إلى مالك الرقبة .
وقد حث حق الانتفاع بالتقادم المسقط غير كسبه بالتقادم المكسب (٢) .

٥٣٨ - انتهاء حق الانتفاع بتلكه بالتقادم المكسب : وهنا نفترض أن شخصاً وضع يده على حق الانتفاع ، فكسبه بالتقادم - أو بالحيازة . وبهذا يفقد المتفع الأصلي حقه ، لا بعدم الاستعمال الذي يجب أن يدوم خمس عشرة سنة ، بل لأن الغير قد كسب هذا الحق بتقادم قد تكون مدته خمس عشرة سنة ، وقد تكون مدته خمس سنوات ، بل قد يكسب الغير حق الانتفاع بمجرد الحيازة .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٥١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٧٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٣ - ص ٥٥٦) .
ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٥٠/٢٩ : ينقضى حق الانتفاع أيضاً بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٩٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٦٠ (مطابق) .

قانون الملكية المقارنة اللبناني لا مقابل

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٤ .

ويكسب الغير حق الانتفاع بالتقادم المكسب الطويل . ومدته خمس عشرة سنة ، إذا حازه شخص سوى النية ، في كل من العقار والمنقول . ويكسب بالتقادم المكسب القصير . إذا حازه شخص حسن النية وكان مرتباً على عقار . ويكسب بمجرد الحيازة . إذا كان مرتباً على منقول وكان الحائز حسن النية (١) .

٥٣٩ - انتهاء حق الانتفاع بالنزول عنه : ويجوز للمتفع أن يتزل عن حقه في الانتفاع ، فيزول هذا الحق . وتعود إلى مالك الرقة ملكية العين كاملة . ويقع التزل إما بارادة منفردة تصدر من المتفع ، أو بتوافق إرادتي المتفع ومالك الرقة .

فاذا وقع التزل بارادة المتفع المنفردة . فليس هناك شكل خاص لهذه الإرادة ، بل يصح أن تكون إرادة ضمنية . ويبيع مالك الرقة ملكية العين كاملة بموافقة المتفع وبدون تحفظ من هذا الأخير ، قد يدل تبعاً للظروف التي تحيط بالبيع على أن المتفع قد نزل نزولاً ضمناً عن حق الانتفاع . ونزول المتفع عن حقه بارادته المنفردة يسرى دون حاجة إلى قبول مالك الرقة ، ولا يجوز للمتفع بعد أن يصدر منه التزل أن يعدل عنه .

وإذا وقع التزل باتفاق بين المتفع ومالك الرقة ، فان هذا الاتفاق قد يكون تبرعاً من جانب المتفع ، ولا يكون هذا به لحق الانتفاع بل نزولاً عنه لمالك الرقة ، فلا يشترط أن يكون الاتفاق في شكل الهبة ، وقد يكون الاتفاق معاوضة ، بأن يعطى مالك الرقة للمتفع مقابلاً لتزوله عن حق الانتفاع . وسواء كان التزل تبرعاً أو معاوضة . فهو نزول عن حق الانتفاع ، وليس نقلاً لهذا الحق لمالك الرقة . ذلك بأن مالك الرقة ليس في حاجة إلى أن ينتقل له حق الانتفاع ، بل يكفي أن يتزل المتفع عن هذا الحق حتى تعود الملكية كاملة لمالك الرقة .

وإذا كان حق الانتفاع مرتباً على عقار . فان التزل عنه لا محتج به على الغير ، كدائن مرتب لحق الانتفاع ، إلا بالتسجيل . فاذا كان الدائن

(١) ويصح أن يكون الذي يكسب حق الانتفاع بالتقادم هو مالك الرقة نفسه إذا وضع يده على حق الانتفاع بنية تملكه ، كما يصح أن يضع الغير يده على العين كلها بنية تملكها فيكسب ملكيتها الكاملة ، ويصح حل كل من المتفع ومالك الرقة حقه في العين (مازو فقرة ١٦٨٢) .

المرتبة لحق الانتفاع قد قيد الرهن قبل تسجيل التزول : فان الرهن يبقى قائماً بالرغم من هذا التزول . ولدائى المستفع أن يطعنوا بالدعوى البولصبة فى نزول المستفع عن حقه ، إذا وقع هذا التزول غشا إضرار بحقوقهم (١) .

٥٤٠ - انتهاء حق الانتفاع باتحاد الزمة : كان المشروع التمهيدى

للتفنين المدنى يشتمل على نص هو المادة ١٢٥٠ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ينتهى حق الانتفاع إذا اجتمعت فى شخص واحد صفتا المستفع والمالك ، غير أنه لا بعد منهياً إن كان للمالك مصلحة فى بقاءه » (٢) . ويخلص من هذا النص أن حق الانتفاع ينتهى باتحاد انذمة (consolidation) . ويكون ذلك إما بأن تنتقل ملكية الرقة إلى المستفع فيجتمع فى هذا الأخير صفتا المستفع والمالك ، أو بأن ينتقل حق الانتفاع إلى مالك الرقة فيجتمع هنا أيضاً فى مالك الرقة صفتا المالك والمستفع . وفى الحالتين ينتهى حق الانتفاع ، وبانتهائه تثبت الملكية كاملة إما للمستفع إذا انتقلت إليه الرقة أو للمالك الرقة إذا انتقل إليه حق الانتفاع (٣) . وإذا انتقلت الرقة أو حق الانتفاع بسبب

(١) أنظر م ٩٥٩ مدنى سورى وم ٥٥ من قانون الملكية المقاربية البنائى - وانظر بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٨٦٦ ص ٨٤٤ - ص ٨٤٥ .

(٢) وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، « لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة لمجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٢ فى الماش » . وانظر المادة ١٢٥٩ مدنى عراقى .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادة ١٢٥٠ من هذا المشروع : « ينتهى حق الانتفاع كذلك باتحاد الزمة ، بأن يرث المالك المستفع أو يرث المستفع المالك ، أو يشتري المالك حق الانتفاع أو يشتري المستفع حق الرقة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٢ فى الماش) . ويلاحظ على هذا القول أنه لايتأتى أن يرث المالك المستفع ، لأن حق الانتفاع ينتهى حتماً بموت المستفع ، فلا يورث عنه هذا الحق . وإنما تعود ملكية العين كاملة لصاحب الرقة بموت المستفع ، لا بسبب اتحاد الزمة ، بل لانتهاء حق الانتفاع (بودى وشوفو فقرة ٧٣٨ ص ٤٧٨) .

والقول بأن اتحاد الزمة يتحقق بانتقال الرقة إلى المستفع أو بانتقال حق الانتفاع إلى مالك الرقة هو القول المشهور (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٤ ص ٦٩٥ - ص ٦٩٦ وماش ٢٦ - بودى وشوفو فقرة ٧٣٨ - فقرة ٧٣٩) . وهناك رأى يذهب إلى أن اتحاد الزمة لايتحقق فى شخص مالك الرقة ، لأن هذا المالك إذا حصل على حق الانتفاع مملوغة أو تبرعا ، أخرج ذلك نزولا من المستفع عن حقه فيزول حق الانتفاع ، وترجع الملكية كاملة للمالك الرقة ، لا بموجب اتحاد الزمة ، بل بموجب زوال حق الانتفاع (بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٨٧٠) . وهذا الرأى الأخير هو الذى نتخاره ، فقد قلنا أن انتقال حق الانتفاع إلى مالك الرقة لا يعد انتقالا بل هو نزول عن حق الانتفاع (أنظر آنف فقرة ٥٣٩) .

زال بأثر رجعي . كعقد أبطال أو فسخ . فان اتحاد الذمة يزول هو أيضاً بأثر رجعي ، ويعود حق الانتفاع إلى الظهور .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى . فى تفسير ما جاء فى آخر المادة ١٢٥٠ من المشروع من أن حق الانتهاء لا يعد منتهياً إن كان للمالك مصلحة فى بقاءه ، ما يأتى : ويلاحظ أن المالك إذا ملك حق الانتفاع بالعقد مثلاً ، وكان حق الانتفاع مرهوناً . فان الرهن يبقى ولا يتعدى إلى الرقبة . أما إذا كانت الرقبة مرهونة فالأصل أن حق الانتفاع . إذا عاد إلى صاحب الرقبة ، أو إذا ملك المنتفع الرقبة المرهونة . تعدى الرهن إلى حق الانتفاع ، لأن الرقبة هى الأصل وحق الانتفاع تبعها فيشملها الرهن . وكذلك احتياط المشروع ، فنص على أن حق الانتفاع لا يعد منتهياً إن كان للمالك مصلحة فى بقاءه . وتكون له هذه المصلحة إذا كانت الرقبة مرهونة ، فيبقى حق الانتفاع منفصلاً عن الرقبة حتى لا يتعدى إليه الرهن « (١) .

الببحث الثانى

ما يترتب على انتهاء حق الانتفاع

٥٤١ - رد الشيء المنتفع به إلى المالك : يترتب على انتهاء حق الانتفاع ، فى أكثر أسباب انتهاء هذا الحق ، أن تعود ملكية الشيء كاملة إلى المالك ، ويجب فى هذه الحالة على المنتفع أو ورثته رد الشيء إليه . وقد يكون الرد عيناً ، ويغلب أن يكون ذلك فى العقار كالدار والأرض ، أو فى بعض المنقولات كالنجر والأسهم والسندات . فإذا كان الشيء قابلاً للاستهلاك ، فقد قدمنا أن الملكية تنتقل إلى المنتفع ، ويرد إلى المالك مثله أو قيمته . وإذا هلك الشيء ، كأن احترقت الدار ، فعلى المنتفع أن يثبت أن الحريق لا يرجع إلى خطأ فى جانبه ، وإلا كان مسئولاً عن التعويض « (٢) .

٥٤٢ - المبالغ التى يسردها المنتفع من المالك عند نهاية حق الانتفاع : وقدمنا أن هناك مبالغ قد ينفعها المنتفع على الشيء المنتفع به ، ويسردها من المالك عند نهاية حق الانتفاع ، فيكون بذلك قد تحمل بفوائدها ما دام

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٢ فى المالحى .

(٢) بلانيول وريبير ويكلر ٣ فقرة ٨٧١ - فقرة ٨٧٥ .

الانتفاع قائماً . من ذلك تكاليف الإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع ، ويقوم هذا الأخير بها : ويستردّها بعد ذلك من المالك (١) ومن ذلك أيضاً نفقات إعادة البناء الذي سُدّ بسبب فجائي أو بسبب القدم ، إذا قام المنتفع بإعادة البناء فإنه يسترد هذه التكاليف من المالك عند نهاية حق الانتفاع (٢) .

٥٤٣ - ما يحرمه المنتفع من بناء أو غراس : كان المشروع التمهيدى

للتقنين المدنى يشتمل على نص هو المادة ١٢٤٢ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ليس للمنتفع أن يحدث أى بناء أو غراس بغیر رضاء المالك ، وعليه أن يثبت هذا الرضاء بالكتابة أو بما يقوم مقامها » (٣) . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، دون أن يبين سبب هذا الحذف (٤) وأمام حذف هذا النص ، لم يبق إلا تطبيق القواعد العامة .

وهذه تقضى بوجود التمييز بين فرضين : (الفرض الأول) أن يكون المنتفع قد حصل على ترخيص من مالك الرقبة في البناء أو الغراس ، وتسرى في إثبات هذا الترخيص القواعد العامة في الإثبات . وفي هذا الفرض يعتبر المنتفع قد بنى أو غرس بحسن نية ، فتسرى عليه أحكام المادتين ٩٢٥ و ٩٢٦ مدنى . ومن ثم يملك صاحب الرقبة البناء أو الغراس بالاتصاق ، وعليه أن يدفع للمنتفع أدنى القيمتين ، قيمة المواد وأجر العمل أو قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء أو الغراس . وللمنتفع إذا شاء أن يطلب نزع البناء أو الغراس من الأرض على أن يعيدها إلى أصلها ، ولكن ليس للمالك الرقبة أن يطلب إزالة البناء أو الغراس . (الفرض الثانى) أن يكون المنتفع قد بنى أو غرس دون الحصول على ترخيص من مالك الرقبة . وهنا يعتبر سعى النية ، وتسرى عليه تبعاً لذلك أحكام المادة ٩٢٤ مدنى . فيجوز للمالك أن يطلب

(١) أنظر آتفاً فقرة ٥١٧ .

(٢) أنظر آتفاً فقرة ٥٢١ .

(٣) ويقابل هذا النص في التقنين المدنى السابق المادة ٤٥/٢٦ : لا يجوز المنتفع أن

ينى بناء أو يترس غراساً بدون رضاء المالك ، وعليه أن يثبت ذلك الرضاء بالكتابة أو بقرار المالك أو بامتناعه من الجين .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٦ في الهامش .

إزالة البناء أو الغراس ، وإلا تملكه بالالتصاق على أن يدفع أدنى القيمتين ، قيمة البناء أو الغراس مستحق الإزالة أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء أو الغراس (١) .

الفصل الثاني

حق الاستعمال وحق السكنى

(Usage et Habitation)

٥٤٤ - **نصوص قانونية :** تنص المادة ٩٩٦ مدني على ما يأتي :

« نطاق حق الاستعمال وحق السكنى يتحدد بمقدار ما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأسرته لخاصة أنفسهم ، وذلك دون إخلال بما يقرره السند المنشئ ، للحق من أحكام » .

وتنص المادة ٩٩٧ على ما يأتي :

« لا يجوز التزول عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى ، إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قري » (٢) .

(١) أنظر ما قدمناه آنفاً عند الكلام في الالتصاق فقرة ١٠٦ - وانظر في القضاء الفرنسي والفقه الفرنسي في هذه المسألة : أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٧٠ هامش ٢٣ وفقرة ٢٣٥ ص ٧٠٦ - بودري وشوفو فقرة ٥٩٩ - فقرة ٥٧٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧٩ .

(٢) تاريخ النصوص :

٩٩٦ م : ورد هذا النص في المادة ١٢٥٢ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٧١ في المشروع النهائي ، بعد إدخال تعديلات لفظية جملت النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٥ - ص ٥٥٦) .

٩٩٧ م : ورد هذا النص في المادة ١٢٥٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٧٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٦ - ص ٥٥٨) .

٩٩٨ م : ورد هذا النص في المادة ١٢٥٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٧٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٧٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٨ - ص ٥٥٩) .

وتنص المادة ٩٩٨ على ما يأتي :

« فيما عدا الأحكام المتقدمة تسرى الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى ، متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين .
وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٢٣/١٤ (١) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي ، ١٠٠٠ - ١٠٠٢ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٦١ - ١٢٦٥ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٢) .

٥٤٥ - التعريف بحقوق الاستعمال وحقوق السكنى : حق الاستعمال هو حق

عيني يقرر لشخص على شيء مملوك لغيره ، ويحول صاحب هذا الحق استعمال الشيء لنفسه ولأسرته . فهو إذن فرع عن حق الانتفاع ، إذ أن حق الانتفاع يحول صاحبه حق الاستعمال وحق الاستغلال ، أما هذا الحق

(١) التقنين المدني السابق م ٣٠/١٤ : ويجوز أن يكون الحق المذكور (حق الانتفاع)

أقل ما ذكر على حسب شرط الإتيان أو شرط التبرع الذي تترتب عليه وجود ذلك ، كأن يكون قاصراً على مجرد الاستعمال الشخصي أو حق السكنى .

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ١٠٠٠ - ١٠٠٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٦١ : يصح أن يكون تعليق المنفعة قاصراً على الاستعمال

أو على السكنى .

م ١٢٦٢ (توافق المادة ٩٩٦ مصري) .

م ١٢٦٣ (تطابق المادة ٩٩٧ مصري) .

م ١٢٦٤ : ١ - إذا احتاجت الدار التي تقرر عليها حق السكنى إلى إصلاح ، التزم

صاحب هذا الحق بإجرائه ، هل أن تكون المبالغ التي يقيمها ملكاً حالصاً له ينتقل إلى ورثته .

٢ - فإذا امتنع صاحب الحق عن القيام بهذا الإصلاح ، فللمسكة أن تؤجر الدار لشخص آخر

يقوم بالإصلاح خصماً من الأجرة ، ويرد الدار في نهاية الإيجار لصاحب حق السكنى .

(مطابق هذا النص المادة ١٢٥٤ من المشروع التمهيدى للتقنين المدني المصري) .

م ١٢٦٥ (تطابق المادة ٩٩٨ مصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل . ولكن المادة ٥٣٩ من تقنين الموجبات والعقود

البناني تنص على ما يأتي : «من ليس له على الشيء سواء حق الاستعمال الشخصي أو حق السكنى

كوحق الحبس أو حق التأمين لا يجوز له أن يؤجره» .

فلا يجوز صاحبه إلا حق الاستعمال ، بل وحق الاستعمال محدوداً بحاجاته الشخصية هو وأسرته . والمقصود بالأسرة كل من يعوله صاحب حق استعمال ، من زوجة وأولاد وأقارب وغيرهم . وقد يتحدد حق الاستعمال في وجوه معينة من الاستعمال دون غيرها ، فيكون حق استعمال مقيداً (droit d'usage restreint) .

أما حق السكنى فهو فرع عن حق الاستعمال ، إذ هو مقصور على نوع معين من الاستعمال هو السكنى . فحق السكنى إذن يكون داراً يسكن فيها صاحب الحق وأسرته ، والمقصود بالأسرة هنا نفس المقصود بالأسرة في حق الاستعمال . وعلى ذلك يكون حق الانتفاع هو أهم الحقوق الثلاثة . فإذا تخصص للاستعمال دون الاستغلال ، كان حق استعمال . وإذا تخصص الاستعمال للسكنى دون غيرها من ضروب الاستعمال ، كان هذا هو حق السكنى . ويتضح مما تقدم أن كلا من حق الانتفاع وحق الاستعمال يدخلان على المقار وعلى المنقول ، أما حق السكنى فلا يرد إلا على المقار وبالذات على دار للسكنى (١) .

٥٤٦- أملاكم خاص بحق الاستعمال وحسن السكنى : وأهم ما يخص به حق الاستعمال وحق السكنى دون حق الانتفاع من أحكام هو ما تقرره المادة ٩٩٧ مدني السالف ذكرها من أنه « لا يجوز التزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى ، إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي » . ويقاس على عدم جواز التزول عدم جواز الإيجار . فالأصل إذن أن كلا من حق الاستعمال وحق السكنى مقصور على صاحب الحق نفسه هو وأسرته ، ويقتلر حاجتهم الشخصية . فلا يجوز لصاحب الحق أن يتزل عنه للغير بمقابل أو بغير مقابل ، ولا يجوز له أن يؤجره . وإذا تزل عنه للغير أو أجره ، كان التزول أو الإيجار باطلاً ، لأنه إنما يتزل عن حقه أو يؤجره وهو حق غير قابل للتزول عنه ولا للإيجار (٢) .

(١) أنظر استئناف مخطط ٨ يونيو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٥٥ .

(٢) أنظر في رأي آخر يذهب إلى أن صاحب حق السكنى إنما يؤجر العين ذاتها فيكون إيجاره صحيحاً ، ولكن لا يغل في حق الملك الذي يكون له أن يتردد العين : مقصور صحتي مقصور في حق البيع والإيجار فقرة ١٤٩ ص ٢٤٧ - محمد لبيب طب فقرة ٩١ - وانظر في هذه المسألة الوسيط ٦ فقرة ٣٨ ص ٤٨ حاشي ٢ - والسلم به أنه إذا أوصى الشخص بحق سكنى منزل ، فالغنى على أنه ولا يملك المستحقون السكنى في المنار لإيجارها ، ولا أحسم إسكان غيره في نصيبه بوض ، ولو لم يأخذ هذا الوض ليدفع له أجره على يمكن فيه (قوى شرعية في ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٧ المحللة ٨ رقم ٥٤ ص ٩٧) .

وقد قلنا عند الكلام في عقد الإيجار، أنه « لما كان تطبيق هذا المبدأين فيه ضيق وحرَج ، فقد يوصى شخص بسكنى منزل لأولاده ، ويستدير الزمن ، فإذا البيت أصبح لا يليق بسكنائهم . وقد ينتقلون من بلد إلى بلد آخر فلا يستطيعون سكنى المنزل ، ولا يستطيعون إيجاره لغيرهم والانتفاع بالأجرة في استئجار مسكن لهم في البلد الذي يقيمون فيه . من أجل ذلك أجازت المادة ٩٩٧ مدني التزول عن حق الاستعمال أو حق السكنى إذا وجد شرط صريح أو مبرر قوى لذلك » (١) .

٥٤٧ - حكم خاص بحق السكنى : وكان المشروع التمهيدى للتقنين

المدني يتضمن نصا هو المادة ١٢٥٤ من هذا المشروع ، وكانت تجري على الوجه الآتي : ١ - إذا احتاجت الدار الذي تقرر عليها حق السكنى إلى إصلاح ، التزم صاحب هذا الحق بإجرائه ، على أن تكون المباني التي يقيمها ملكا خاصا له ينتقل إلى ورثته . ٢ - فإذا امتنع صاحب الحق عن القيام بهذا الإصلاح ، فللقاضي أن يؤجر الدار لشخص آخر يقوم بالإصلاح نخصا من الأجرة ، ويرد الدار في نهاية الإيجار لصاحب حق السكنى . وقد حلف هذا النص في لجنة المراجعة ، دون بيان لسبب حلفه (٢) ، فلم يبق إلا تطبيق القواعد العامة . وهذه تقتضي بأن المباني التي يقيمها صاحب حق السكنى في الدار لإصلاحها ، إذا احتاجت الدار للإصلاح ، يكون لها حكم المباني التي يقيمها الحائز في ملك الغير وهو حسن النية ، فتسرى عليها أحكام المادتين ٩٢٥ و٩٢٦ مدني (٣) .

(١) الوسيط ٦ بقرة ٣٨ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع في هذا الصدد : « حق الاستعمال وحق السكنى يتميزان عن حق الانتفاع بأنهما مقصوران على ما يكون صاحب الحق في حاجة إليه هو وأسرته . فلا يجوز له التزول منها إلى الغير ، إلا إذا اشترط ذلك صراحة ، أو وجه مبرر قوى لهذا التزول وقد أدخل المشرع بهذا الاستثناء شيئا من المرونة على حق السكنى بنوع خاص ، لأن المبرر القوي كثيرا ما يتحقق في حق السكنى ، بأن تقدم الدار الموصى بسكنائها أو تصبح غير لائقة لسكن المتنفع ، فيكون له في هذه الحالة أن يؤجرها » (مجوعة الأعمال التشريعية ٦ ص ٥٥٧ - ص ٥٥٨) .

(٢) مجوعة الأعمال التشريعية ٦ ص ٥٥٧ في المالحش .

(٣) وعلى ذلك يمتلك صاحب الدار هذه المباني بالاتصال ، وعليه أن يدفع لصاحب حق السكنى أدنى القسطين ، قيمة الموائد وأجر السبل أو قيمة زيدة من الدار بسبب المباني . ولصاحب حق السكنى إن شاء أن يطلب نزح البناء من الدار على أن يبيعها لأهلها ، ولكن ليس لصاحب الدار أن يطلب إزالة البناء .

٥٤٨ - النظام المشترك بين حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق

السكنى : وفيما عدا ما تقدم من الأحكام : ينطبق على حق الاستعمال وحق السكنى ما سبق بيانه من الأحكام في حق الانتفاع ، متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين (م ٩٩٨ مدنى سالفه الذكر) . فأسباب كسب حق الاستعمال وحق السكنى هى العقد والوصية والتقدم : دون الشفعة لأن الشفعة تقتضى بيع المشفوع فيه والحقان لا يجوز بيعهما . والتزامات صاحب حق الاستعمال : صاحب حق السكنى هى التزامات المتفع : استعمال الشيء فيما أعد له ، والقيام بأعمال الصيانة والتكاليف المعتادة ، وحفظ الشيء ، وجرّد المنقول وتقديم كفالة عنه في حالة حق الاستعمال . ولكن لا ينطبق في حق السكنى أن ينتزع القاضى الدار من يد صاحب الحق ليسلمها لأمين كما يفعل في حق الانتفاع وفقاً لأحكام المادة ٢/٩٨٨ مدنى (١) . ولا يجوز للدائنين الحجز على هذين الحقين . لأنهما غير قابلين للحجز ولا للتزول عنهما (٢) . وينتهى كل من الحقين ، كما ينتهى حق الانتفاع : بموت صاحب الحق وبانقضاء الأجل وبهلاك الشيء ، وبعدم الاستعمال وبتملك الحق بالتقدم وبالتزول عن الحق وباتحاد الذمة .

(١) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٩ - كذلك لا يلزم صاحب الاستعمال بتفقات الصيانة والتكاليف المعتادة إلا بنسبة ما يحصل عليه من ثمار (إسماعيل غانم ص ١٧) .

(٢) استئناف مختلف ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٩٥ .

الباب الثاني

حق الارتفاق

(Servitude)

تمهيد

٥٤٩ - التعريف بحق الارتفاق - نص قانوني : ينص الشرط الأول

من المادة ١٠١٥ مدني على ما يأتي :

« الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص

آخر » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الشرط الأول من المادة ١/١٢٨٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٩٩ (الشرط الأول) في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٩٦ (الشرط الأول) ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠١٥ (الشرط الأول) (مجموعة الأعمال الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٣ - ٦٢٥) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٥١/٣٠ : الارتفاق هو تكليف مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر أو لمنفعة الميرى . وتتبع فيه شروط المقد الذي ترتب عليه وجود هذا التكليف وعرف البلد . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد - والمقصود بمحو الارتفاق المقرر لمنفعة الميرى حقوق الارتفاق الإدارية : الوسيط ٨ فقرة ٥٨ - وهذه غير حقوق الارتفاق المقررة للأفراد على المال العام ، وسيأتى ذكرها في الشرط الأخير من المادة ١٠١٥ مدني) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٦٠ : ١ - الارتفاق هو تكليف مفروض على عقار لمنفعة

عقار معين جبار في ملكية شخص غير مالك المقار الأول . ٢ - ويقوم هذا التكليف إما بتحويل شخص آخر من مباشرة أعمال تصرفه في المقار المفروض عليه التكليف ، وإما بجرمان صاحب ذلك المقار من استعمال بعض حقوقه .

(ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ١٠١٨ (الشرط الأول) (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٧١ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٥٦ (مطابق للمادة ٩٦ سوري ، وهذه المادة الأخيرة

مأخوذة منها) .

وخلص من هذا التعريف أن هناك عناصر ثلاثة يتكون منها حق الارتفاق :
العقار المرتفق . والعقار المرتفق به ، ومنفعة يقدمها العقار المرتفق به للعقار
المرتفق .

(فأولاً) يجب أن يكون هناك عقار مرتفق (fonds dominant) ،
وهو العقار الذي تقرر لفائده حق الارتفاق . ولا يقرر هذا الحق إلا لفائدة
عقار . ويقرره مالك هذا العقار ^(١) . ويعتبر هذا الحق تابعا (accessoire)
للعقار المرتفق وملحقا به ، وينتقل معه إلى أي يد ينتقل إليها هذا العقار . ولذلك
يزيد حق الارتفاق من قيمة العقار المرتفق ، أيا كان المالك لهذا العقار .
وجميع الأسباب التي تنقل ملكية العقار المرتفق من مالك إلى آخر ، من ميراث
ووصية وعقد وشفعة وتقدام . تنقل إلى المالك الجديد مع ملكية العقار المرتفق
حق الارتفاق ^(٢) .

(وثانياً) يجب أن يكون هناك عقار مرتفق به (fonds servant) ،
وهو العقار الذي تقرر عليه حق الارتفاق ، فحد من منفعته لفائدة العقار
المرتفق . وكما أن حق الارتفاق لا يقرر إلا لفائدة عقار ، فهو أيضا لا يترتب
إلا على عقار . ويرتبه مالك هذا العقار . ومن ثم يكون حق الارتفاق دائما
حقا عينيا عقاريا . فهو عقار حتما ^(٣) . وينتقل حق الارتفاق سلبيا مع العقار
المرتفق به إلى أي يد ينتقل إليها هذا العقار ، كما ينتقل إيجابيا مع العقار المرتفق
في رأينا . ويجب أن يكون العقار المرتفق به مملوكا لشخص غير الشخص الذي
يملك العقار المرتفق ، فلا يقوم حق ارتفاق بين عقارين مملوكين لشخص
واحد (Nemini res sua servit) . يصح أنه يكون هناك عقاران
مملوكان لشخص واحد ، وقد خصص المالك أحد العقارين لتقديم فائدة للعقار

(١) وقد قضى بأن المستأجر لا يستطيع أن يقرر حق ارتفاق لفائدة العقار المؤجر
(استئناف مخطوط ٦ أبريل سنة ١٩٥٥ م ١٧ ص ١٨٨) .

(٢) وهذا بخلاف حق الانتفاع ، فقد رأيناه يقرر لمصلحة شخص معين لمصلحة عقار ،
ويزول حتما بموت هذا الشخص . ولذلك يسمى عند الرومان بحق الارتفاق الشخصي servitude
personnelle . إلى جانب حق الارتفاق الذي يسمى بحق الارتفاق العيني servitude réelle -
أنظر مازو فقرة ١٦٤٦ .

(٣) وهذا بخلاف حق الانتفاع ، فقد يترتب على العقار فيكون عقاراً ، وقد يترتب
على المتقول فيكون متقولاً .

الآخر . ولكن تقاضى هذه الفائدة لا يكون استعمالاً لحق ارتفاق ، وإنما هو استعمال لحق الملكية ، ما دام العقاران مملوكين لشخص واحد . فإذا ما أصبح مالك أحد العقارين غير مالك للعقار الآخر ، فهنا يقوم حق ارتفاق بين العقارين لاختلاف المالك ، ويترتب حق الارتفاق في هذه الحالة بتخصيص المالك الأصلي كما سنرى (انظر المادة ١٠١٧ مدني) (١) .

(وثالثاً) يجب أن يقدم العقار المرتفق به للعقار المرتفق فائدة محد من منفعة العقار الأول . فالعقار المرتفق به يخلف العقار المرتفق ، ومن أجل ذلك سمي العقار الأول بالعقار الخادم وسمى العقار الثاني بالعقار المخدم . وهذه الخدمة أو هذا التكليف يحدده السند الذي أنشأ حق الارتفاق ، وهو يتنوع بحسب حاجة العقار المرتفق وقابلية العقار المرتفق به . وهو في جميع الأحوال يزيد من فائدة العقار الأول أى من قيمته ، ويحد من منفعة العقار الثاني إذ يجعله مثقلاً بتكليف معين . ومن أمثلة هذا التكليف أن يكون العقار المرتفق به ممراً للعقار المرتفق ، أو مورداً للمياه التي تسقى ، أو مجرى للمياه التي تأتيه للرى ، أو مكاناً تسيل منه مياه الصرف . فيكون هناك حقوق ارتفاق بالمرور أو بالشرب أو بالمجرى أو بالسيل ، وهذه غير القيود القانونية المتعلقة بالمرور أو بمياه الرى التي سبق بحثها عند الكلام في حق الملكية (٢) . والفرق بين هذه وتلك أن القيود القانونية تستوجب استيفاء شروط معينة ، متى توافرت فإن القانون نفسه هو الذي يترتب تكليفاً على عقار لفائدة عقار آخر . أما حقوق الارتفاق التي نحن بصدددها فلا تستوجب توافر هذه الشروط ، ولا يترتبها القانون ، وإنما يترتبها الاتفاق أو غيره من أسباب كسب حق الارتفاق التي

(١) ووحدة المالك إنما تمنع من قيام حق الارتفاق إذا كان شخص واحد يملك كلا من العقارين ملكية تامة لا يشاركه فيها أحد . وإلا فإنه يجوز أن يقوم حق ارتفاق على عقار يملكه اثنان على الشيوع لفائدة عقار آخر يستقل بملكية أحد هذين الإثنين ، كما يجوز أن يقوم حق ارتفاق على عقار يستقل بملكته شخص واحد لفائدة عقار آخر يملكه هذا الشخص شاملاً مع آخرين (لو برى ودو ٣ بقرة ٢٤٧ - بودرى وشوفو بقرة ٨٠٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ بقرة ٨٨٩ ص ٨٧١ - ماري ورينو بقرة ١٣٩ ص ١٥٨ - عبد المنعم البدر اوى بقرة ٢٧١) .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦

سيأتي بيانها . وقد يختلف التكليف في نوعه عن التكاليف المقررة في القهود القانونية ، فيوجد مثلاً حق ارتفاع بالروية (prospect) بموجبه يتمتع مالك العقار المرتفق به من أن يبني في عقاره حتى يفسح للعقار المرتفق مجال الرؤية البعيدة التي يتمتع بها . وتوجد أيضاً حقوق الارتفاع التي تمنح من حق مالك العقار المرتفق به في البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين في الارتفاع بالبناء أو في مساحة رقعته . ويوجد كذلك حق ارتفاع بالتجميل (embellissement) يترتب على العقارات المخاضية لطريق عام يراد تجميله ، وموجبه يترك ملاك هذه العقارات مسافة معينة تفصل بين العقار والطريق العام ، ويبني المالك في هذه المسافة حوضاً يفرس فيه زهوراً بقصد تجميل المنظر العام للطريق . ونرى من ذلك أن التكليف الذي يتحمل العقار المرتفق به ، كما يقصد به فائدة (utilité) العقار المرتفق وهو الغالب ، قد يقصد به تزيين هذا العقار والزيادة في رونقه (agrément) كما هو الأمر في حق الارتفاع بالروية وحق الإرتفاق بالتجميل .

ولا يشترط في الفائدة أن تكون حالة ، بل يصح أن تكون مستقبلة (١) . ولا تستلزم الفائدة التي يقدمها العقار المرتفق به للعقار المرتفق تلاصق (contiguité) هذين العقارين ، بل ولا تجاورهما (voisinage) . فيصح أن يكون أحدهما بعيداً عن الآخر ، كما إذا ترتب حق ارتفاع باعتراف

(١) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٤٧ ص ٩٠ - وقد كان المشروع التمهيدي لتفنين المدف يشتمل على نص هو المادة ١٢٨٧ من هذا المشروع ، تجري على الوجه الآتي : ١٥ - يجوز أن يترتب حق الارتفاع لتحقيق فائدة مستقبلية للعقار المرتفق . ٢ - وإذا كان العقار المرتفق أو العقار المرتفق به بناء مزمناً إقامته أو عقاراً مزمناً تملكه ، فإن الارتفاع لا يقرر إلا عند تمام البناء أو تحقق الملك . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص : « الأصل أن تكون الخصة حالة ، ولكنها قد تكون مستقبلية ، كحق ارتفاع يقرر على بناء مزع إقامته فيتفق صاحب العقار المرتفق مع صاحب البناء المستقبلي على تقرير حق مثل مثلاً على هذا البناء عند تمامه ، وكحق ارتفاع يقرر على عقار مزع تملكه فيتفق صاحب العقار المرتفق مع الشخص الذي سيتملك هذا العقار على أن يكون له حق مرور عليه عند تملكه . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، تجنباً للتفصيلات . أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٣ - ص ٦٢٤ في الهامش .

وقد قضى بأن حق الارتفاع يمكن إنشاؤه فوراً لفائدة مقبلة للعقار المرتفق (مصر الكلية ٣٠

يونيه سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٤٥ ص ٦٥ - شفيق شحاتة فقرة ٢٢٣ ص ٣١٩)

المياه (puisage d'eau) ، أو باستخراج الأحجار والمواد الأخرى (extraction des matériaux) لمصلحة عقار على عقار آخر يبعد عنه بمسافة طويلة (١) .

٥٥٠ - خصائص من المورغاي : وقد تبين مما قدمناه أن حق الارتفاق هو حق عيني يترتب على عقار لفائدة عقار آخر ، فهو إذن حق عيني عقاري كما سبق القول . ولحق الارتفاق ، إلى جانب هذه الخاصية ، خصائص أخرى أهمها ثلاث : (١) فهو حق تابع (accessoire) . (٢) وهو حق دائم (perpétuel) . (٣) وهو حق غير قابل للتجزئة (indivisible) .

١ - فحق الارتفاق حق تابع : تابع للعقار المرتفق فهو من ملحقاته الإيجابية ، ولا ينفصل عن هذا العقار فيما يجري على العقار من تصرفات . فاذا بيع العقار المرتفق أو وهب أو رهن أو جرى عليه أى تصرف آخر ، فإن التصرف يشمل العقار وحق الارتفاق معاً . كذلك إذا ترتب على العقار حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى ، فإن هذا الحق يمتد أيضاً إلى حق الارتفاق . وإذا حجز على العقار ، فإن الحجز يشمل العقار وحق الارتفاق . فحق الارتفاق يتبع إذن العقار المرتفق أينما انتقل ، ويجرى عليه ما يجري على العقار (ambulant cum domino) (٢) .

وكذلك يتبع حق الارتفاق العقار المرتفق به ، على النحو الذى يتبع به العقار المرتفق . فاذا بيع العقار المرتفق به أو وهب أو رتب عليه حق انتفاع أو حق رهن أو جرى عليه أى تصرف آخر . فإنه يجري عليه هذا التصرف وهو يحمل بحق الارتفاق ، فينتقل إلى المشتري أو الموهوب له أو المستفيع مثلاً مثلاً بحق الارتفاق .

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٧ ص ٩١ - بودرى وشوفو فقرة ٨٠١ - بلانيول وريبير وبيكار ٢ فقرة ٨٩٠ - مارتى وريينو فقرة ١٣٩ ص ١٥٨ - نقض فرنسى ٧ يولي سنة ١٩٣٧ داليز الأسبوعى ١٩٣٧ - ٤٦٩ .

(٢) كذلك لا يمكن التصرف فى حق الارتفاق منفصلاً عن العقار المرتفق ، فبيعه مثلاً مالك العقار المرتفق مستقلاً عن إرثه أو يحجز عليه الدائنون . والفى يجوز هو أن ينزل مالك العقار المرتفق عن حق الارتفاق مستقلاً لمصلحة مالك العقار المرتفق به ، فيزول حق الارتفاق بالزول عنه . أنظر مازو فقرة ١٧١١ ص ١٣٥٢ .

٢ - وحق الارتفاق حق دائم : والمقصود بدوام حق الارتفاق شيء غير المقصود بدوام حق الملكية . فقد قدمنا أن الملكية حق دائم بمكان ثلاثة : بمعنى أنه يبقى مادام الشيء المملوك باقيا فلم يحدد له القانون وقتا معيناً لإنقضائه كما حدد لحق الانتفاع مثلاً ، وبمعنى أنه حق لا يزول بعدم الاستعمال ، وبمعنى أنه حق لا يجوز أن يقترن بأجل ^(١) . أما حق الارتفاق ، فإنه لا يتفق في صفة الدوام مع حق الملكية إلا في جزء من المعنى الأول .

فحق الارتفاق يختلف مع حق الملكية في المعنى الثالث ، إذ يجوز أن يقترن حق الارتفاق بأجل واقف أو بأجل فاسخ ^(٢) . ويختلف مع حق الملكية في المعنى الثاني ، إذ ينتهي حق الارتفاق بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة (م ١٠٢٧ / ١ مدني) ^(٣) . أما في المعنى الأول ، فإن حق الارتفاق يشترك مع حق الملكية في جزء من هذا المعنى ، وهذا الجزء المشترك هو الذي دعا إلى القول بأن حق الارتفاق حق دائم . فحق الارتفاق حق دائم بمعنى أن هذا الدوام من طبيعته (de sa nature) ، فالمرور بوقت بأجل فهو دائم كحق الملكية ، إذ هو يتبع حق الملكية في العقار المرتفق فيلزم بدوامه ^(٤) . ولكن

(١) أنظر في هذه المسألة الثلاثة الوسيط ٨ بقرة ٢٢٨ - بقرة ٢٣١ .

(٢) فيجوز أن يرتب مالك العقار على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر ، ويضرب لبداية حق الارتفاق أجلاً لا ينشأ إلا عند حلوله وهذا هو الأجل الواقف ، أو يضرب لنهايته أجلاً ينتهي عند انقضائه وهذا هو الأجل الفاسخ .

(٣) وفي هذا الصدد يتميز حق الملكية من حق الارتفاق تمييزاً واضحاً ، ويتبين ذلك في فروض من أهمها الطريق المشترك بين مالكين مجاورين لهذا الطريق . فإما أن نقول إن كل مالك يملك نصف الطريق المجاور للملك ملكية مفردة وله حق ارتفاق بالمرور على النصف الآخر ، أو نقول إن الطريق بأجسه مملوك للمالكين معاً ملكية شائعة . ففي القول الأول يوجد حق ارتفاق بالمرور لكل مالك في نصف الطريق غير المجاور للملك ، فيزول هذا الحق بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة ، وكذلك ينتهي إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصعب في حالة لا يمكن فيها استعمال حق الارتفاق (م ١٠٢٨ / ١ مدني) ، ويجوز للمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق إذا فقد كل منفعة العقار المرتفق (م ١٠٢٩ مدني) . وفي القول الثاني يكون الطريق مملوكاً للمالكين معاً ملكية شائعة ، فلا تسقط هذه الملكية بعدم استعمال الطريق مهما طالبت مدة عدم الاستعمال ، ولا يزول حق الملكية مهما تغير وضع الأشياء ومهما فقد المرور كل منفعة لكل من العقارين المجاورين (أنظر الوسيط ٨ بقرة ٥٩٧) .

(٤) وفي هذا يختلف حق الارتفاق من حق الانتفاع ، فقد رأينا أن حق الانتفاع موقت دائماً ، ويزول حتماً بموت المنتفع .

الدوام في حق الارتفاق ليس من جوهره (de bon essence) كما هو من جوهر حق الملكية ، فقد رأينا أنه يجوز توقيت حق الارتفاق ولا يجوز توقيت حق الملكية . فإذا قلنا إن حق الارتفاق حق دائم ، فانما نغني بذلك أن هذا هو الأصل فيه (١) . ولكن هذا لا يمنع من أن حق الارتفاق ينتهي مستقلا عن حق الملكية بأسباب متعددة ، منها انقضاء الأجل المحدد له وعدم الاستعمال وتغير وضع الأشياء وقد ارتفاق منفعة للعقار المرتفق .

٣ - وحق الارتفاق حق غير قابل للتجزئة : فإذا جرىء العقار المرتفق ، بقي الارتفاق مستحقا لكل جزء منه (م ١/١٠٢٤ مدني) . وإذا جرىء العقار المرتفق به ، بقي الارتفاق واقعا على كل جزء منه (م ١/١٠٢٥ مدني) . وإذا كان هناك عقار مملوك على الشيوع لعدة أشخاص ، لم يجر ترتيب حق ارتفاق على جزء شائع من هذا العقار ، أو لمصلحة جزء شائع منه . بل يكون حق الارتفاق مرتبا على العقار الشائع في مجموعه ، أو لصالح كل العقار الشائع ، ويجب لذلك اتفاق جميع الملاك على الشيوع (٢) .

٥٥١ - الأشياء التي تصلح أن تكون محمولا لعقار : رأينا (٣) أن المادة ١/١٠١٥ مدني تقول إن الارتفاق حق يحد من منفعة عقار ... ، فالشيء الذي يحد حق الارتفاق من منفعة هو الشيء الذي يكون محلا لحق الارتفاق ، ولا بد أن يكون عقارا كما هو صريح النص وكما تقدم القول . فلا يصلح المنقول أن يكون محلا لحق الارتفاق ، كما يصلح أن يكون محلا لحق الانتفاع فيما قدمناه . ولما كان استعمال حق الارتفاق هو عن طريق القيام بأعمال مادية ، فالعقار الذي يصلح أن يكون محلا لهذا الحق يجب أن يكون عقارا بطبيعته . ومن ثم لا يصلح أن يكون محلا لحق الارتفاق الحقوق العينية العقارية ، كحق الانتفاع إذا كان واقعا على عقار ، وكحق الارتفاق ذاته فلا يصلح هذا الحق أن يكون محلا لحق ارتفاق آخر مرتب عليه (servitus servitutis esse non potest) كما يصلح حق الانتفاع أن يكون

(١) بلانيول وريير ويككار ٣ قرة ٨٩٢ .

(٢) بلانيول وريير ويككار ٣ قرة ٨٩٣ - مارك وريير قرة ١٤٢ - ١٦٢ -

نفس فرنسي ٢٦ فبراير سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ١ - ٤٦٥ .

(٣) أنظر أيضا قرة ٥٤٩ .

ملا لحق انتفاع (١) . ولا يصلح أن يكون ملا لحق الارتفاق العقارات بالتخصيص مستقلة عن العقار بطبيعته ، إذ هي في حقيقتها منقول بطبيعته .

يبقى إذن العقار بطبيعته ، وهو أنواع ثلاثة : الأرض والنبات والمنشآت . ويستبعد القضاء الفرنسي النبات كالزروع والفراش والأشجار ، فلا يصلح أن يكون ملا لحق الارتفاق ، لأن بقاءه في الأرض لا يكون إلا لمدة معينة (٢) .

فالذي يصلح إذن أن يكون ملا لحق الارتفاق هو الأرض والمنشآت ، وقد عبر عنها التقنين المدني الفرنسي عند تعريفه لحق الارتفاق في المادة ٦٣٧ منه بلفظ (héritage) (٣) .

فالأرض : سواء كانت أرضاً زراعية أو أرضاً فضاء ، وسواء كانت في المدن أو في القرى ، تصلح أن تكون ملا للارتفاق (٤) .

والمباني والمنشآت تصلح هي أيضا أن تكون ملا لحق الارتفاق ، إذ هي عقار بطبيعته لاندماجها في الأرض (٥) ، ولا تصبح عقارا إلا إذا شيدت فاندجمت في الأرض وأصبحت ثابتة مستقرة ، فلا يمكن تحويلها أو نقلها إلا إذا هدمت . ويشمل ذلك المساكن والمكاتب والحوانيت والمخازن والمصانع والجسور والكبارى والسدود والخزانات والقناطر (٦) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٠٧ .

(٢) نقض فرنسي ٦ أبريل سنة ١٨٤١ دالوز ٤١ - ١ - ٢١٤ - بودرى وشوفو

فقرة ٧٩٢ - وقارن بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٧ ص ٨٦٧ .

(٣) وكلمة héritage أتت من الكلمة اللاتينية herus ومعناها المالك . فهي ترادف معنى

الملكية في العقار والمنقول ، ولكنها تخصصت للعقار (الأرض والمنشآت) ، لأن المنقول في القانون الفرنسي القديم لم تكن له قيمة مذكورة (بودرى وشوفو فقرة ٧٩٢) .

(٤) وتشمل الأرض fonds سطحها surface ، دون ما يقام فوق سطح الأرض من حياز ومنشآت أويثبت من زرع أو يفرس من شجر ، وكذلك تشمل باطنها بماصره المختلفة من سخور وأحجار وأتربة ورمال وجص ومعادن وغير ذلك (الوسيط ٨ فقرة ٩ ص ٢٠) .

(٥) وهي قبل تشييدها في الأرض كانت جملة من مواد البناء وأدواته ، كليات من الطوب والرمال والإسمنت والجير والجص والخشب والحديد والأحواض والأدوات الصحية وغير ذلك من المواد التي تستعمل في البناء .

(٦) الوسيط ٨ فقرة ١١ ص ٢٤ - ص ٢٥ .

وحق تكون الأرض والمنشآت محلا لحق الارتفاق ، يجب أن تكون قابلة للتعامل فيها ، فلا يجوز التعامل فيه لا يصلح أن يكون محلا لحق الارتفاق . ومع ذلك يصلح المال العام (domaine public) أن يكون محلا لحق الارتفاق ، إن كان ذلك لا يتعارض مع ما خصص له من وجوه الاستعمال للمنفعة العامة . وننتقل الآن إلى بحث هذه المسألة .

٥٥٢ - جواز ترتيب حق الارتفاق على المال العام - نص قانوني :
ينص الشرط الأخير من المادة ١٠١٥ مدني على ما يأتي :

« ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام ، إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال » (١) .

وقدما عند الكلام في الدومين العام أن هذا المال لا يجوز التصرف فيه بما يتعارض مع المنفعة العامة التي تخصص لها . فلا يجوز للشخص الإداري أن يبيع المال العام أو أن يرهنه أو أن يجرى فيه أى تصرف يتعارض مع تخصيصه ، فإن مثل هذا التصرف من شأنه أن يزيل ملكية الشخص الإداري للمال العام ، فلا يستطيع بعد ذلك متابعة تخصيصه للمنفعة العامة . على أن هناك أنواعا من التصرف تلائم الأموال العامة ، وهذه غير ممنوعة لأنها لا تتعارض مع تخصيص المال للمنفعة العامة . من ذلك منح الترام بمرفق عام ، فهذا تصرف يرد على مال عام ، وهو جائز للملاءمة لطبيعة المرفق العام . كذلك هناك أموال مخصصة للمنفعة العامة ، وهذا التخصيص في ذاته يقتضي استغلال

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الشرط الأخير من المادة ١/١٢٨٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٩٩ (الشرط الأخير) في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٩٦ (الشرط الأخير) ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠١٥ (الشرط الأخير) (بمجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٦٢٣ - ص ٦٢٥) .

ولامقابل لنص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السوري لامقابل .

التقنين المدنى الليبى م ١٠١٨ (الشرط الأخير) (مطابق) .

التقنين المدنى العراق لامقابل .

قانون الملكية المقارية البناني لامقابل .

الدولة لما ، وذلك كالكسك الحديدية وخطوط الطغراف والتلفون ، فان تخصيص هذه الأشياء للمنفعة العامة يكون في صورة استغلال يعود عادة يربح على الدولة (١) .

ونضيف هنا أنه يجوز ترتيب حق ارتفاق على المال العام ، إن كان ترتيب هذا الحق لا يتعارض مع الاستعمال الذى خصص له هذا المال ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ١٠١٥ مدنى سالفة الذكر (٢) . ويجب التمييز هنا بين فروض ثلاثة : (١) أن يكون التكليف المراد تقريره على المال العام متعارضاً (incompatible) مع المنفعة العامة التى خصص لها هذا المال ، كأن يترتب للدار مجاورة لحديقة عامة حق ارتفاق في إقامة أكشاك أو وضع مقاعد خشبية تخص بها الدار . مثل هذا الارتفاق لا يجوز ترتيبه على المال العام ، لأنه يتعارض مع المنفعة العامة التى خصصت لها الحديقة ، فهى حديقة أعدت للجمهور دون تمييز بين طائفة وأخرى . (٢) أن يكون التكليف المراد تقريره على المال العام مطابقاً (conforme) للمنفعة العامة التى خصص لها هذا المال ، ومثل هذا الارتفاق لا شك في جواز ترتيبه على المال العام . من ذلك ما يسمى في الفقه الإداري بمنافذ التطرق (ainsance de voirie) ، وهى منافع تعود على الأملاك المجاورة للطرق العامة بسبب هذا الجوار ، وتشمل المظل والسيل والنفاذ (٣) . ومن ذلك أيضاً ارتفاعات الرى المترتبة

(١) الوسيط ٨ ققرة ٧٤ . (٢) وقد سبق بيان أنه يجوز ترتيب حقوق ارتفاق لفائدة المال العام ، كحقوق التطرق المتلفة بالشوارع Volonté ، والحقوق المتلفة بالأعمال البحرية ، وحق الإدارة في نزع أتربة من الأراضي المجاورة للبحر العامة لحمايتها من غوائل الفيضان (الوسيط ٨ ققرة ٥٨) . (٣) أنظر Baudet في مقال بمجلة القانون العام سنة ١٩٣٠ ص ٦٠٩ وما بعدها . Reissat في نظرية الحقوق البينة الإدارية رسالة من تولوز سنة ١٩١٤ ص ٣٥ وما بعدها - محمد زهير جبرانة في حق الدولة والأفراد على الأموال العامة سنة ١٩٤٣ ص ٢٣٧ وما بعدها . للأملاك المجاورة للطريق العام لما حق ارتفاق بالإللال عليه وبأن يدخل لما منه القنود والمجوار (استئناف مخطط ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢٢) ، ولما حق ارتفاق بمسبل المياه فيجوز لما أن تصرف في الطريق العام مياه الأمطار والمياه المنزلية وفقاً لما تقتضيه الواقع الصحية ، ولما حق ارتفاق بالنفاذ من الطريق العام إلى غيره من الطرق والأماكن .

على الترع العامة والمصارف العامة ، فهي اتفاقات مطابقة للمنفعة العامة التي خصصت لها هذه الترع والمصارف (١) . أن يكون التكليف المراد تقريره على المال العام ليس متعارضا (*pas incompatible*) مع المنفعة العامة التي خصص لها هذا المال ، وفي هذا القرض كما في القرض السابق يجوز ترتيب حق الارتفاق على المال العام (٢) . من ذلك أن يحصل مالك الدار على مجرى تحت الطريق العام (*passage souterrain*) للوصول إلى داره ، وأن يحصل مالك الأرض التي يفصل بين أجزائها ترعة أو سكة حديدية على حق المرور على «الكوبري» المقام على التربة أو على «الزلقان» الذي يحرق السكة الحديدية ، وأن يحصل مالك المقهى المجاورة للطريق العام على حق وضع كراسي ملاصقة لقمها فوق الرصيف ، وأن يحصل مالك المبنى المجاور لساحل البحر على حق وضع كشك للاستحمام على هذا الساحل .

وليس هناك اتفاق في فرنسا على تكييف التكاليف المضلعة بالذكر بأنها حقوق ارتفاق . وكان القضاء الفرنسي يعتبر مدة طويلة منافذ الطرق حقوق ارتفاق (٣) . ولكنه تحت تأثير أو يرى ورو (٤) تجنب هذا التكييف وأقر أن يصف هذه الحقوق بأنها حقوق ذات طبيعة خاصة (*sui generis*) (٥) . أما الفقه الفرنسي ، فقد أخذ ينجح إلى القول بأن هذه التكاليف هي حقوق ارتفاق إدارية (*servitudes administratives*) (٦) .

(١) للأراضي الزراعية المجاورة لترع العامة والمصارف العامة لما حق الشرب من هذه الترع ، وحق السيل في هذه المصارف .

(٢) بودر وشولفو ققرة ٧٩٨ .

(٣) نقض فرنسي ٢٢ مارس سنة ١٨٧٦ دالوز ٧٦ - ١ - ٢٠٦ - ٢ يولي سنة ١٨٩١ دالوز ٩٢ - ١ - ٢٦٤ .

(٤) أوبري ورو ٣ ققرة ٢٤٩ ص ٩٩ - ص ١٠٠ .

(٥) نقض فرنسي ١٥ مارس سنة ١٨٨٧ دالوز ٨٧ - ١ - ٤٤٨ - ٢١ يولي سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٣ - ٥ - ٥٤ .

(٦) هورير في القانون الإداري للبلبة النافذة ص ٦٢٢ وهاش ٢ - *Rigaud* رسالته ص ٢٨٩ وما يبعثها وص ٢٠٩ *Mestre* في تعليقه في سيره ١٩٠٠ - ٢ - ١٠٩ - وانظر بلانول وديور وبيكار ٣ ققرة ٨٨٨ ص ٨٦٩ - وقارن بودر وشولفو ققرة ٧٩٧ - ققرة ٧٩٨ .

وفي مصر الأمر يختلف ، فقد حسم نص المادة ١٠١٥ مدني سالف
لذا ذكر كل خلاف في هذه المسألة ، إذ قضى صراحة بما رأينا بأنه « يجوز
الارتفاق على مال عام ... » . فلا شك إذن في أن هذه التكاليف التي تترتب
على المال العام والتي تقدم ذكرها هي حقوق ارتفاق إدارية ، بموجب هذا
النص الصريح . وحتى في عهد التقنين المدني السابق حيث لم يوجد نص مماثل
للمادة ١٠١٥ مدني ، كان جانب من الفقه المصري يقول بذلك (١) ،
كما كان يقول به أيضا جانب من القضاء المصري (٢) .

ويترتب على أن هذه التكاليف هي حقوق ارتفاق إدارية نتيجتان هامتان ،
أحد هما القضاء الفرنسي إذ هو يسلم بأن هذه التكاليف هي حقوق إدارية
على كل حال وإن كان يصنفها بأنها حقوق ذات طبيعة خاصة : (النتيجة
الأولى) لأصحاب حقوق الارتفاق الإدارية هذه أن يحتجوا بها على الغير
فيجوز لصاحب الحق أن يطالب الغير بمحقة عن طريق دعوى عينية تقابل
دعوى الاستحقاق في حالة حق الملكية ، هي دعوى الإقرار بحق الارتفاق (٣) .
كما يجوز له أن يرفع دعاوى الحيازة ، لحماية حيازته لحق الارتفاق (٤) .
هذا فضلا عن جواز مطالبته بالتعويض بموجب دعوى المسؤولية التقصيرية (٥)
أو بموجب ادعائه مدينا في دعوى مخالفات الطريق العام أو برفعه دعوى
المخالفة المباشرة (٦) . (النتيجة الثانية) يجوز لجهة الإدارة ، للدواعي من
المصلحة العامة ، إلغاء حقوق الارتفاق الإدارية هذه أو تعديلها ، عن طريق

(١) والفقيه الذي ذهب في وضوح ، في عهد التقنين المدني السابق ، إلى أن هذه التكاليف
هي حقوق ارتفاق إدارية هو الأستاذ محمد زهير جراحة في كتابه «حق الدولة والأفراد على
الأموال العامة» سنة ١٩٤٣ ص ٢٦٥ - ص ٢٦٩ . وانظر مقالا له في مجلة القانون والاقتصاد
١٣ ص ٢٤١ .

(٢) نقض مدني ٢٣ يونيو سنة ١٩٣٢ المجبوبة بالرسية ٢٣ رقم ٤٣٤ ص ٢١١ -
لمستأنف غنظ ٢٨ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٨٥ - أول مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨
ص ١٣٥ - ٢٥ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٣٥ (أسباب الحكم) .

(٣) نقض فرنسي ٥ يناير سنة ١٨٦٩ دالوز ٦٩ - ١ - ١٢ - ٢ يونيو سنة ١٨٧٥
دالوز ٧٥ - ١ - ٤١٨ .

(٤) نقض فرنسي أول أبريل سنة ١٩٠٢ سيري ١٩٠٢ - ١ - ٥٠٥ .

(٥) نقض فرنسي أول مايو سنة ١٩١٢ سيري ١٩١٢ - ١ - ٣١ .

(٦) نقض فرنسي جنائي ٤ فبراير سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٤ - ١ - ٧٤ .

تحويل الطريق العام أو إنهاء تخصيصه للمنفعة العامة أو القيام فيه بأشغال عامة^(١). ولكن يجب في هذه الحالة تعويض صاحب الحق عن الضرر الذى أصابه من جراء ذلك ، ويجوز لجهة الإدارة إذا أنهت تخصيص الطريق العام للمنفعة العامة وباعته أن تلزم المشتري باحترام حقوق الارتفاق التى ترتبت على الطريق أو بتعويض أصحاب هذه الحقوق^(٢). بل يجوز إلغاء القرار الإدارى الذى يلغى هذه الحقوق أو ينقص منها ، إذا كان هذا القرار مخالفا للقانون أو انطوى على تصسف فى استعمال السلطة^(٣).

٥٥٣ - تقسيمات من الارتفاق : أهم تقسيمات حق الارتفاق ثلاثة :

- (١) الارتفاق المستمر (continue) والارتفاق غير المستمر (discontinue)
- (٢) الارتفاق الظاهر (apparente) والارتفاق غير الظاهر (non apparente)
- (٣) الارتفاق الإيجابى (positive) والارتفاق السلبى (négative)^(٤).

٥٥٤ - الارتفاق المستمر والارتفاق غير المستمر : والارتفاق المستمر

هو الارتفاق الذى يستعمل دون تدخل حالى من فعل الإنسان (م ٦٨٨ مدنى

- (١) نقض فرنسى ٢٥ فبراير سنة ١٨٨٠ دالوز ٨٠ - ١ - ٢٥٥ - مجلس البولة الفرنسى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٢ - ٣ - ٧ - وانظر فى القضاء المصرى : استئناف مصر ٢ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٦٦ - استئناف مخطط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٦٠ - أول مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٣٥ .
- (٢) نقض فرنسى ١٥ أبريل سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ٥٢ - مجلس البولة الفرنسى ٨ أغسطس سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٤ - ٣ - ١ - ١٧ يناير سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ٣ - ٨٨ - وانظر فى القضاء المصرى : استئناف مخطط ٢٩ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٣ - ٢٥ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٤٦ - أول يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٤٦ - ٢١ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢١٦ .

- (٣) مجلس البولة الفرنسى ١٢ مارس سنة ١٩٠٩ سيرييه ١٩١١ - ٣ - ٩٨ - نقض فرنسى جنائى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ١٤٨ .
- (٤) ويوجد تقسيم رابع كانت له أهمية كبيرة فى القانون الرومانى ، وبعض الأهمية فى القانون الفرنسى القديم . ولكنه فقد أهميته الآن ، بعد أن حل محله تقسيم الارتفاق إلى مستمر وغير مستمر . وهذا هو تقسيم الارتفاق إلى ارتفاق لفائدة المبانى *servitude urbaine* ، وارتفاق لفائدة الأراضى *servitude rurale* . فإذا تقرر ارتفاق لفائدة بناء ، أيا كان هذا البناء فى المدن أو فى القرى ، فهو ارتفاق لفائدة المبانى ، وذلك كالمحل ، وأغلب هذه الارتفاقات ارتفاقات مستمرة . أما إذا تقرر الارتفاق لفائدة أرض ، كالشرب والجبرى والمسيل ، فهو ارتفاق لفائدة الأراضى : أنظر المادة ٦٨٧ مدنى فرنسى ، وانظر بودرى وشوفو ققرة ١٠٨١ وقررة ١٠٨٢ ص ٨١٣ - بلانويول وريبير ويكار ٣ ققرة ٨٩٦ .

فرنسى) . مثل ذلك الارتفاق بعدم البناء (non aedificandi) ، أو بعدم
تعلية البناء إلى أزيد من حطمعين (non altius tollendi) ، أو بالروئية (paospect)
أو بالمطل (vue) ، أو بالشرب (acqueduc) أو بالمجرى (passage d'eau)
أو بالمسيل (égout) . فهذه كلها ارتفاعات مستمرة ، ومعنى أنها مستمرة أنها
لا تحتاج في استعمالها إلى تدخل حالى من فعل الإنسان (fait actuel de l'homme)
ففيها ما لا يحتاج في استعماله إلى فعل الإنسان أصلاً ، وذلك كالارتفاع بعدم البناء أو بعدم
تعلية البناء إلى أزيد من حد معين أو بالروئية ، وسنرى فيما يلى (١) أن هذه
الارتفاعات هي أيضاً ارتفاعات سلبية . ومنها ما يحتاج في استعماله إلى فعل
الإنسان في بداية الأمر ، ولكن متى تم هذا الفعل أصبح استعمال الارتفاق
في غير حاجة إلى فعل حالى من الإنسان وقت مباشرة الاستعمال . فالارتفاع
بالمطل يحتاج في بداية الأمر إلى فعل الإنسان ، كإحداث فتحة في الحائط ،
ولكن متى أحدثت هذه الفتحة لم يعد المطل في حاجة إلى فعل الإنسان ،
فأدامت الفتحة موجودة فم استعمال للارتفاع بالمطل . وكذلك الشرب
والمجرى والمسيل ، كل منها في بداية الأمر في حاجة إلى حفر مجرى للمياه ،
ولكن متى حفر هذا المجرى فاللهاء يجرى فيه أو يسيل منه دون حاجة إلى فعل
الإنسان (٢) .

والارتفاع غير المستمر هو ، كما رأينا ، ما يحتاج في استعماله إلى التدخل

(١) أنظر فقرة ٥٥٦ .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ١٠٨٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٧ ص ٨٧٦ -
ويتبين من ذلك أن لاستمرار الارتفاق معنى غير استمرار الحياة ، فالجائزة تكون مستمرة
إذا لم تنقطع ، أما الارتفاق فيكون مستمراً إذا لم يمتنع في استعماله إلى تدخل فعل من عمل الإنسان
(مازو فقرة ١٧١٣ ص ١٣٥٤) . وحل ذلك يكون الارتفاق مستمراً حتى لو لم يستعمل حل
الدوام ، فالشرب مثلا وهو ارتفاق قد لا يستعمل في كل الأوقات ، ولكنه متى يستعمل
لا يتدخل في استعماله فعل الإنسان . وصرف مياه المنجم ، تصفيتها المضخات نهائياً ولها دون
انقطاع ، وهو ارتفاق غير مستمر ، يبقى مستملاً حل الدوام ، ولكنه في استعماله يحتاج إلى فعل
الإنسان . فالأمر إذن ليس في دوام الاستعمال أو عدم دوامه حتى يكون الارتفاق مستمراً
أو غير مستمر ، بل في حاجة الاستعمال إلى فعل الإنسان وإن كان لا يدوم فيكون الارتفاق
مستمراً ، أو في حاجته إلى فعل الإنسان وإن كان يدوم فيكون الارتفاق غير مستمر (بلانيول
وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٧ ص ٨٧٦) .

الحال لأصل الإنسان . مثل ذلك الارتفاق بالمرور (passage) ، والارتفاق باغتراف المياه (puisage) ، والارتفاق باستخراج الأحجار وغيرها من المواد (extraction de matériaux) ، والارتفاق برعى المواشى (pacage) ، فهذه كلها ارتفاقات غير مستمرة (١) . فالارتفاق غير المستمر يقتضى إذن لاستعماله قيام مالك العقار المرتفق بعمل إيجابى فى العقار المرتفق به : يمر فى الطريق أو يغترف المياه أو يستخرج الأحجار أو يرعى الغنم . فإذا لم يتم بهذا العمل الإيجابى ، فالارتفاق لا يكون مستملا ولا تظهر فائدته (٢) .

وتقسم الارتفاقات إلى مستمرة وغير مستمرة لم يخل من انتقاد الفقه الفرنسى ، ويشكك بعض الفقهاء فى صلاية التقسيم (٣) وفى فائدته . ومهما يكن من أمر ، فإن أهم فائدة لهذا التقسيم ، وهى أن الارتفاق المستمر وحده هو الذى يمكن كسبه بالتقادم ، قد نبهنا التفتين المدنى المصرى الجديد ، فى هذا التفتين يمكن كسب الارتفاق غير المستمر كالارتفاق بالمرور بالتقادم مادام ظاهرا كاسرى (م ١٠١٦/٢ مدنى) .

(١) فالارتفاق بالمرور يقتضى لاستعماله فعل الإنسان ، ولا يكتفى الفعل المدنى الذى عهد الطريق للمرور ، بل يجب أن يمر الإنسان فعلا من الطريق . وإذا فتح طريق للمرور ، فهما يتبع هذا الطريق مفتوحاً مبدأ فإن هذا لا يكتفى لاستعمال حق المرور ، ولا يستعمل هذا الحق إلا إذا قام إنسان فعلا بالمرور من هذا الطريق (بودى وشوفو ققرة ١٠٨٣) . وهذا هو أيضاً شأن الارتفاق باغتراف المياه فلا بد من أن يغترف الإنسان المياه فعلا ، وشأن الارتفاق باستخراج الأحجار فلا بد من أن يستخرجها الإنسان فعلا ، وشأن الارتفاق برعى المواشى فلا بد من أن يقوم الإنسان فعلا برعها .

(٢) بلانويول وريبير وييكار ٣ ققرة ٨٩٧ ص ٨٧٧ - ويقتضى الارتفاق غير مستمر حتى لو وضعت له علامة ظاهرة تستمر على نحو دائم ، كأن يرصف الطريق الذى يستعمل فى الارتفاق بالمرور ، أو يقام على جانبيه ما يحدهما تحميلاً ظاهراً ، أو يفتح له باب يمين بدايته (لويرى ودوققرة ٢٤٨ ص ٩٦ - بودى وشوفو ققرة ١٠٨٤ - بلانويول وريبير وييكار ٣ ققرة ٨٩٧ ص ٨٧٧) . وفى هذه الحالة يكون الارتفاق غير مستمر وارتفاقاً ظاهراً فى وقت واحد كما سيأتى .

(٣) فعلا لا يرى بودى وشوفو فرقا محسوساً بين ارتفاق مستمر كارتفاق بالملل بملاته الظاهرة من نافذة تطل على الجبل ، وبين ارتفاق غير مستمر كارتفاق بالمرور بملاته الظاهرة من باب يمين بداية الطريق ، فكلهما يحتاج إلى تدخل الإنسان ليظل من النافذة أو ليرى فى الطريق (بودى وشوفو ققرة ١٠٨٤ ص ٨١٤ وققرة ١١٠٩) .

٥٥٥- الارتفاق الظاهر والارتفاق غير الظاهر : والارتفاق الظاهر ، كما عرفته المادة ٦٨٩ من التفتين المدني الفرنسي ، هو ارتفاق بني عن وجوده أعمال خارجية ، كباب أو نافذة أو مجرى (١) . والارتفاق غير الظاهر هو ارتفاق ليست له علامة خارجية ثم عن وجوده ، وذلك مثلاً كالارتفاق بعلم البناء أو الارتفاق بعدم تعلية البناء إلى أزيد من حد معين .

ويبين من ذلك أنه في حين أن تقسيم الارتفاق إلى مستمر وغير مستمر تقسيم يرجع إلى طبيعة الارتفاق في ذاته ، فإن تقسيمه إلى ظاهر وغير ظاهر لا يرجع إلى طبيعة الارتفاق ، بل إلى أمر خارجي عارض هو أن تكون له علامة ظاهرة أو ليست له هذه العلامة . وعلى ذلك قد يكون الارتفاق الواحد ظاهراً إذا دلت على وجوده علامة خارجية ، وقد يكون غير ظاهر إذا لم توجد علامة خارجية تدل على وجوده . فالارتفاق بالمرور يكون ظاهراً إذا كان له طريق معين مرصوف أو باب يقام في بدايته ، ويكون غير ظاهر إذا كان الطريق غير محدد بعلامة خارجية ولا يتميز من سائر الأرض التي يسار فيها . والارتفاق بالشرب يكون ظاهراً إذا كان له مجرى محفور يشق الأرض ويمجى فيه المياه ، ويكون غير ظاهر إذا كان الماء يجري في أنابيب مدفونة في باطن الأرض لا تراها الناس (٢) . على أن طبيعة الارتفاق قد تساعد على أن يكون ظاهراً في العادة ، وذلك كالارتفاق بالمطل فإنه يصعب تصور وجود هذا الارتفاق دون علامة ظاهرة ثم عن وجوده كنافذة أو شرفة أو « بلكون » أو أية خارجة أخرى . وقد تفضي طبيعة الارتفاق بأن يكون غير ظاهر دائماً ، وذلك كالارتفاق بعدم البناء (٣) .

(١) فالظهور في حق الارتفاق أخس من الظهور في الحيازة ، إذ أن الحيازة الظاهرة لا يشترط فيها أن تكون لها علامة ظاهرة . فيصح إذن أن حق الارتفاق غير الظاهر ، وهو الذي ليست له علامة ظاهرة ، تكون حيازته مع ذلك حيازة ظاهرة .

(٢) استئناف مخطوط ٥ يوفيه سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٠٦ .

(٣) هذا والعلامة الظاهرة التي تم عن حق الارتفاق قد تكون حق المقار المرتفق كما في الارتفاق بالمطل ، فإن النافذة وهي العلامة الظاهرة توجد في سائط المقار المرتفق . وقد تكون هذه العلامة والمقار المرتفق به كما في الارتفاق بالمجرى فإن القناة التي تجري فيها المياه تحفر في الأرض المرتفق بها ، وكما في الارتفاق بالمرور فإن العلامة الظاهرة للطريق توجد في المقار المرتفق به . فيختلف الأمر إذن باختلاف ماهية الارتفاق ، والعلامة الظاهرة توجد حيث يستعمل حق الارتفاق (بودرى وشوفو فقرة ١١٠١ ص ٨٣١ - بلانيول وويير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٢) .

ولم يكن تقسيم الارتفاق إلى ظاهر وغير ظاهر معروفا أصلا في القانون الروماني . وقد بدأ يعرف في القانون الفرنسي القديم ، وتدرج شيئا فشيئا ، حتى أصبح شائعا في القرن الثامن عشر . وكان فقهاء هذا العصر يقابلون ما بين الارتفاقات المستترة الخفية (*latentes ou cachées*) والارتفاقات المرئية أو الظاهرة (*patentes, visibles ou apparentes*) ، ولكن التقسيم بقي مع ذلك مختلطا بتقسيم الارتفاق إلى مستمر وغير مستمر . والتفنين المدني الفرنسي هو الذي ميز في وضوح ما بين التقسيمين ، وبين أن كلا منهما مستقل عن التقسيم الآخر ، ولا يختلط به . فقد يكون الارتفاق المستمر ظاهر كالارتفاق بالمطل ، وقد يكون غير ظاهر كالارتفاق بالمرور إذا كانت له علامة ظاهرة ، وقد يكون غير ظاهر كالارتفاق بالمرور إذا لم تكن له علامة ظاهرة وكالارتفاق باغتراف المياه والارتفاق برعى المواشي ^(١) .

٥٥٦ - الارتفاق الإيجابي والارتفاق السلبي : وهنا يرجع التقسيم إلى مضمون حق الارتفاق . فإن كان هذا المضمون يجعل للمالك العقار المرتفق الحق في القيام بأعمال إيجابية في العقار المرتفق به ، كالارتفاق بالمرور والارتفاق برعى المواشي والارتفاق باغتراف المياه والارتفاق بالشرب أو المجرى أو المسيل ، فالارتفاق يكون ارتفاقا إيجابيا . أما إذا كان مضمون حق الارتفاق يقتصر على منع مالك العقار المرتفق به من القيام بأعمال في عقاره كان له الحق في القيام بها لولا وجود حق الارتفاق ، كالارتفاق بعدم البناء والارتفاق بعدم تعلية البناء إلى أزيد من حد معين والارتفاق بالروية (*prospect*) ، فالارتفاق يكون ارتفاقا سلبيا .

والارتفاق الإيجابي إما أن يكون مستمرا كالارتفاق بالشرب أو المجرى أو المسيل ، أو غير مستمر كالارتفاق بالمرور والارتفاق برعى المواشي والارتفاق باغتراف المياه . وقد يكون ظاهرا كالارتفاق بالمرور أو بالشرب إذا كان للارتفاق علامة خارجية ظاهرة ، وقد يكون غير ظاهر كالارتفاق

(١) بودري وشوفو فقرة ١٠٩١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٩ - ماري

ورينو فقرة ١٤٦ ص ١٦٧ - ص ١٦٨ .

مصرى الموائى والارتفاع باغتراف المياه ، وكالارتفاع بالمرور أو بالشرب إذا لم يكن للارتفاع علامة خارجية ظاهرة .

أما الإرتفاق السلبى ، فهو دائماً ارتفاق مستمر غير ظاهر (١) .

٥٥٧ - استبعاد القيود القانونية الواردة على حق الملكية من نطاق حق

المرور : ونحن فى بحث حق الارتفاع نستبعد من نطاق هذا الحق القيود القانونية الواردة على حق الملكية ، وهى التى تسمى فى كثير من الأحيان بحقوق الارتفاع القانونية . ذلك أن حق الارتفاع هو كما رأينا حق يترتب على عقار لقائدة عقار آخر ، فيخرج بكل من العقار المرتفق به والعقار المرتفق عن النظام المألوف لحق الملكية . فاقترع من قيود غير القيود التى تعتبر هى التنظيم العام لحق الملكية ، فخرج بالملكية عن حدود هذا التنظيم العام ، فهو حق ارتفاع . أما تلك القيود التى فرضها القانون ، كقيود الجوار والرى والصرف بين الجيران من شرب ومجرى ومسبل ووضع الحدود وحق المرور وحق فتح المظلات والمناور ، هذه القيود التى فرضها القانون والتى تمثل التنظيم العام المألوف لحق الملكية ليست بحقوق ارتفاع . فحق الارتفاع فى معناه الصحيح هو خروج عن التنظيم العام المألوف لحق الملكية ، فى حين أن هذه القيود القانونية ليست خروجاً عن التنظيم العام المألوف ، بل هى ذاتها التنظيم العام المألوف لحق الملكية (٢) . وقد سبق ، عند بحثنا لهذه القيود القانونية ، أن رتبنا نتائج هامة على أن هذه القيود ليست بحقوق ارتفاع بالمعنى الصحيح ، وذكرنا النتيجة الأولى :

(النتيجة الأولى) إذا باع شخص عقاراً مملوكاً له ، وضمن للمشتري خلوه من حقوق ارتفاع ، ثم تبين أن هناك قيوداً قانونية ترد على العقار المبيع من نحو حق شرب أو مجرى أو مسبل أو من نحو حق مظل أو حق مرور ، فإن هذه القيود لا يضمنها البائع لأنها ليست بحقوق ارتفاع كما قلنا ، بل هى التنظيم الطبيعى المألوف لحق الملكية . ولم يقصد البائع من ضمانه خلوه العقار من حقوق ارتفاع أن يضمن خلوه العقار من هذه القيود ،

(١) بودى وموفقو فقرة ١٠٩٢ .

(٢) لوبرى وردو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨١ - الوسيط ٨ فقرة ٢٩٤ ص ٦٢٨ - ص ٦٢٩ .

فهي قيود فرضها القانون وعلى المشتري أن يعرف ذلك . وإنما قصد البائع أن يضمن خلو العقار من حق ارتفاق فرضه الاتفاق أو مصدر آخر غير القانون ، وخرج به عن حدود التنظيم العام لحق الملكية . فلو ضمن البائع خلو المبيع من حق ارتفاق بالمطل مثلا ، فهو لا يضمن بذلك خلو المبيع من المطل القانوني إذ أن هذا ليس بحق ارتفاق بل هو قيد قانوني على الملكية . وإنما يضمن للمشتري خلو المبيع من حق ارتفاق بالمطل فرضه الاتفاق أو كسب بالتقادم ، وهو أن يفتح الجار مطالاً على مسافة أقل من المسافة القانونية .

(النتيجة الثانية) لا تزول هذه القيود القانونية بعدم الاستعمال ، لأنها قيود دائمة ترد على حق الملكية وتلدوم بدوام هذا الحق . ولو كانت هذه القيود حقوق ارتفاق حقيقية ، لزالَت بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة . فلو أن للمالك عقار حق الشرب من مسقاة في العقار المجاور وتوافرت الشروط القانونية لوجود هذا الحق ، ولكنه أعرض عن المطالبة به واستعماله مكتفياً بمغفر بشر ارتوازية في أرضه ، وبقي كذلك مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ثم أراد استعمال حقه في الشرب من مسقاة الجار ، لجاز له ذلك ، ولما صح الاعتراض عليه بأنه لم يستعمل هذا الحق مدة خمس عشرة سنة فسقط الحق بعدم الاستعمال . كذلك لا تكسب هذه القيود بالتقادم المكسب ، لأن الإفادة منها تعتبر رخصة من المباحات ، فلا تصلح حيازة مكسبة لارتفاق بالتقادم . فلو أن أرضاً محيومة عن الطريق العام استعمل صاحبها حقه في المرور من أرض الجار ، وبقي مستعملاً لهذا الحق مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، ثم زال انحباس الأرض ، لزال يزواله حق صاحب الأرض في المرور ، ولم يكن لصاحب الأرض أن يدعى أنه كسب حق المرور القانوني بالتقادم (١) . ولو كان حق المرور اتفاقياً ، للملكه بالتقادم المكسب (٢) .

والفقه ، في فرنسا وفي مصر ، متقسم في هذه المسألة . ففي فرنسا ،

(١) الوسيط ٨قرة ٤٦٧ .

(٢) أنظر في كل ذلك الوسيط ٨قرة ٣٩٣ ص ٦٣٩ - ص ٦٤٠ - إسماعيل غانم

ص ٢٣ - ص ٢٤ .

يلزم بعض الفقهاء إلى أن هذه القيود هي حقوق ارتفاق قانونية (١) . ويلزم بعض آخر إلى التمييز بين القيود المقررة للمصلحة العامة والمقررة للمصلحة الخاصة وتكون متعلقة بالمياه ووضع الحدود والتحويط والحائط المشترك وهذه كلها قيود قانونية ترد على حق الملكية وليست بحقوق ارتفاق ، وبين القيود الأخرى وبخاصة حق المرور فهذه ذات طبيعة مختلطة تجمع بين معنى القيد ومعنى حق الارتفاق (٢) ، ولكن الغالبية من الفقهاء يلزمون إلى أن كل هذه القيود إنما هي قيود قانونية ترد على حق الملكية ، وليست بحقوق ارتفاق (٣) ، وفي مصر كذلك ، تذهب القلة من الفقهاء إلى أن هذه القيود القانونية هي حقوق ارتفاق حقيقية (٤) ، أو إلى أن بعض هذه القيود (ارتفاقات المياه والمرور) تعتبر حقوق ارتفاق حقيقية وبعضها ليست إلا مجرد قيود قانونية ترد على حق الملكية (٥) . أما الكثرة من الفقهاء في مصر فتأخذ بالرأى الصحيح ، وتعتبر أن هذه القيود جميعا إنما هي قيود قانونية ترد على حق الملكية ، وليست بحقوق ارتفاق ، وهذا هو الرأى الذى سار عليه التقنين المدنى الجديد وخالف فيه التقنين المدنى السابق (٦) .

-
- (١) بردى وشوفو فقرة ٨٠٨ ، ومع ذلك أنظر فقرة ١٠٧٠ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٩٠٥ ص ٨٨٤ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٦٧٨ .
- (٢) بيدان وفوران ٤ فقرة ٥٦٢ وما بعدها - حارو ورينو فقرة ١٤٤ وقرة ١٤٤ مكررة (ويميزان بين التكاليف ذات النفع الخاص وحقوق ارتفاق ، والتكاليف ذات النفع العام وليست بحقوق ارتفاق) - كاربونيه ص ١٨٤ - ص ١٨٥ .
- (٣) ديجولومب ١١ فقرة ٨ - لوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨١ وماش ١ - جوسران ١ فقرة ١٩٦٨ - دى باج ٥ فقرة ٩٤٢ - لازو فقرة ١٧٠٦ وانظر أيضا فقرة ١٣٨٢ - وقرب كولان وكابيتان دى لامورانجيور ١ فقرة ١٠٠٥ ص ٨٠٥ .
- (٤) شفيق شعاعة فقرة ٢٣٠ ، ومع ذلك أنظر فقرة ٣٣٠ ص ٣٢٥ وماش ٣ حيث يورد حكم محكمة استئناف مصر ق ١٢ مايو سنة ١٩٣٥ الهامة ١٦ رقم ١٦٨ ص ٣٧٦ في المعنى العكس .
- (٥) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٩١ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٧٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ٣٩ ص ٩٦ - ص ٩٧ ، ومع ذلك أنظر ص ٩٧ .
- (٦) ٤٤ كامل مرسى ٢ فقرة ٣٧٣ - محمد على عرق فقرة ١٨٩ ص ٢٣٩ - ص ٢٤٠ - إسحاق غانم جزء أول فقرة ٤٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٢ - حسن كبرة فقرة ٦٤ - وانظر الوسيط ٨ فقرة ٢٩٣ .

٥٥٨ - ما أدخله التقنين المدني الجديد منه تعدلات على التقنين المدني

الساير في مضمونه من التعديلات : أهم ما استحدثه التقنين المدني الجديد من التعديلات في هذا الخصوص هو أنه ميز تمييزاً واضحاً ما بين حق الارتفاق بمعناه الصحيح وهو قيد يخرج بالعقار عن التنظيم العام المألوف في حق الملكية ، وبين قيود الملكية التي يفرضها القانون وهي قيود تمثل هذا التنظيم العام المألوف ، وذلك على النحو الذي بسطناه فيما تقدم (١) .

وأكل التقنين المدني الجديد أسباب كسب حق الارتفاق ، فأضاف إلى هذه الأسباب تخصيص المالك الأصل (م ١٠١٧ مدني) ، وكان هذا السبب على أهميته مسكوكاً عنه في التقنين المدني السابق . واستحدثت تعديلاً هاماً في كسب حق الارتفاق بالتقادم ، فلم يشترط إلا أن يكون حق الارتفاق ظاهراً حتى يجوز كسبه بالتقادم ، وبذلك استبعد شرط الاستمرار ، ونص صراحة على أن حق المرور ، وهو حق ارتفاق غير مستمر ، يجوز كسبه بالتقادم متى كان ظاهراً (م ١٠١٦ / ٢ مدني) . وحسم خلافاً كان قائماً في عهد التقنين المدني السابق في طبيعة القيود التي تفرضها عادة شركات الأراضي على المالك عند إقامة بناء في الأرض التي اشتراها من الشركة ، فقرر أن هذه القيود تعتبر في الأصل حقوق ارتفاق لفائدة العقارات المجاورة ، وأن الضرر الذي ينشأ عن مخالفة هذه القيود يمكن المطالبة باصلاحه عينا ، إلا إذا تبين أن الحكم بالتعويض جزاء عادل فيه الكفاية (م ١٠١٨ مدني) .

وأدخل مرونة كبيرة في استعمال حق الارتفاق ، فأجاز تعديل هذا الحق أو نقله إلى عقار آخر أو زواله ، إذا كان ذلك يدفع الضرر عن العقار المرتفق به دون أن يصيب العقار المرتفق بخسارة جسيمة . وأجاز أيضاً إنهاء حق

(١) انظر أيضاً فقرة ٥٥٧ - كان التقنين المدني السابق ، ناهياً في ذلك نهج التقنين المدني الفرنسي ، يخلط ما بين حقوق الارتفاق والقيود التي ترد على حق الملكية ، فيعتبر هذه القيود حقوق ارتفاق حقيقية ، ويدرجها مع حقوق الارتفاق التي يرتبها التقيد ، كما فعل التقنين المدني الفرنسي . ولذلك كانت هذه القيود يطلق عليها ، في عهد التقنين المدني السابق ، اسم حقوق الارتفاق القانونية ، وتعتبر حقوق ارتفاق صدرها القانون بدلاً من أن يكون مصدرها العقد .

الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن معها استعمال هذا الحق ، أو إذا لم يعد للارتفاق المنفعة التي كانت له (١) .

٥٥٩ - قطة المبحث : ونبحث حق الارتفاق في فصول ثلاثة :

(١) أسباب كسب حق الارتفاق . (٢) الآثار التي ترتب على قيام حق الارتفاق . (٣) أسباب انتهاء حق الارتفاق .

الفصل الأول

أسباب كسب حق الارتفاق

٥٦٠ - نص قانوني : تنص المادة ١٠١٦ مدني على ما يأتي :

١ - « حق الارتفاق يكسب بعمل قانوني أو بالمراث » .

٢ - « ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة ، بما فيها حق المرور » (٢) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري م ٩٦١

— ٩٦٢ - وفي التقنين المدني الليبي م ١٠١٩ . وفي التقنين المدني العراقي

م ١٢٧٢ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٥٧ — ٥٨ (٣) .

(١) أنظر في كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية

٦ ص ٦٢١ - ص ٦٢٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٨٨ من المشروع التمهيد على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠٠ في

المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٩٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم

١٠١٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٥ - ص ٦٢٧) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩٦١ : ينتج الارتفاق

إما من الوضعية الطبيعية للأماكن ، وإما من التزامات مفروضة بالقانون ، وإما من اتفاقات

محققة بين ملاك العقارات .

م ٩٦٢ : ١ - « خلافاً لنصوص المتعلقة بالسجل العقاري تنطبق من الشهر حقوق

الارتفاق الناتجة عن الوضعية الطبيعية للأماكن وعن الالتزامات المفروضة بالقانون . ٢ - «

أن الارتفاق يخص بحق المرور المائد لأرض محاطة بأرض أخرى يمكن تعديده بوضوح . ٣ -

يناه على طلب مالك العقار المرتفق به .

ويجب أن نميز تمييزاً دقيقاً بين كسب حق الارتفاق انتقالاً وبين كسبه ابتداءً .

٥٦١ - كسب حق الارتفاق انتقالاً : وهنا يختلف حق الارتفاق عن حق الانتفاع . فعندما نمثنا حق الانتفاع انتقالاً (١) ، كان مفروضاً أن حق الانتفاع قد تم إنشاؤه وأنه ينتقل استقلالاً من شخص إلى شخص آخر . أما حق الارتفاق فلا يتصور ، بعد أن يتم إنشاؤه ، أن ينتقل استقلالاً من شخص إلى شخص آخر . وإنما هو ينتقل بالضرورة مع العقار المرتفق وتبعاً له ، لأنه حق تابع كما سبق القول (٢) . فكسب حق الارتفاق انتقالاً إذن إنما يتم بنفس الأسباب التي يتم بها كسب ملكية العقار المرتفق ، فأياً تنتقل ملكية هذا العقار ينتقل معها حق الارتفاق .

وعلى ذلك لا توجد أسباب خاصة لكسب حق الارتفاق انتقالاً ، بل هي نفس الأسباب التي تنتقل بها ملكية العقار المرتفق . فالعقار الذي تقرر لقائده حق ارتفاق تنتقل ملكيته بالمراث والوصية والعقد والشفعة والتقدم ، وقد استبعدنا الاستيلاء لأن الملكية تكسب به ابتداءً ، واستبعدنا الالتصاق لأنه لا يتصور فيما نحن بصدده . وكذلك ينتقل حق الارتفاق المقرر لقائدة هذا العقار بالأسباب نفسها ، فإذا انتقل العقار بالمراث انتقل معه حق الارتفاق بالمراث أيضاً ، أو انتقل بالوصية أو العقد أو الشفعة أو التقدم انتقل معه حق الارتفاق بأي سبب من هذه الأسباب .

(التقنين المدني السوري يحار قانون الملكية العقارية اللبناني والتشريع الفرنسي ، ويشمل ضمن حقوق الارتفاق القيد القانونية الواردة على حق الملكية . ولا يورد النص السوري من بين أسباب كسب حق الارتفاق التقدم ولا تخصيص المالك الأصل) .

التقنين المدني الليبي م ١٠١٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٧٢ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٥٧ (مطابقة المادة ٩٦١ مدني سوري ، والنص السوري مأخوذ من هذه المادة) .

م ٥٨ (موافقة المادة ٩٦٢ مدني سوري ، والنص السوري مأخوذ من هذه المادة) .

(١) أنظر آتياً فقرة ٤٨٣ .

(٢) أنظر آتياً فقرة ٥٥٠ .

ولا يعني هنا أن نبحث هذه الأسباب ، فقد سبق بحثها عند الكلام في أسباب كسب الملكية . والذي يعني هنا هو بحث أسباب كسب حق الارتفاق ابتداء ، لا أسباب كسبه انتقالا .

٥٦٢ - كسب حق الارتفاق ابتداء : والمفروض في كسب حق الارتفاق ابتداء أن هذا الحق لم ينشأ بعد ، والمقصود هو بحث الأسباب التي تنشأ . فالأسباب التي يكسب بها حق الارتفاق ابتداء هي إذن نفس الأسباب التي تنشأ هذا الحق .

وإذا استعرضنا أسباب كسب الملكية لرى ما ينطبق منها على حق الارتفاق ، وجب استبعاد الاستيلاء والاتصاق لاستحالتها ، ووجب أيضاً استبعاد الميراث والشفعة لأنهما سيان لكسب حق الارتفاق انتقالا ، لا لكسبه ابتداء . ويبقى بعد ذلك الوصية والعقد - أى التصرف القانوني - والتقادم ، فهذه هي الأسباب التي يكسب بها حق الارتفاق ابتداء ، أى الأسباب التي تنشأ . ويدخل في هذه الأسباب تخصيص المالك الأصلي ، فنرى أنه يقوم على اتفاق ضمنى ، أى على تصرف قانوني .

وقد حددت المادة ١٠١٦ مدني ، فيما رأينا (١) ، هذه الأسباب ، فذكرت العمل القانوني (أى التصرف القانوني) والتقادم ، ويجب استكمالها بتخصيص المالك الأصلي وقد ورد في المادة ١٠١٨ فيما سنرى - غير أن المادة ١٠١٦ ذكرت أيضاً ، إلى جانب هذه الأسباب ، الميراث ، وذكر الميراث هنا غير دقيق لأنه سبب لكسب حق الارتفاق انتقالا لا ابتداء (٢) . فالواجب إذن قصر المادة ١٠١٦ على أسباب كسب حق الارتفاق ابتداء ، لأن كسبه انتقالا لا يعني هنا كما سبق القول ، وحذف الميراث من بين الأسباب التي يكسب بها حق الارتفاق ابتداء (٣) .

(١) انظر آتفاً فقرة ٥٦٠ .

(٢) وإذا كان المراد تعداد الأسباب التي يكسب بها حق الارتفاق ابتداء ، فإن الميراث لا يدخل ضمن هذه الأسباب ، لأنه كما قلنا سبب الكسب حق الارتفاق انتقالا لا لكسبه ابتداء . أما إذا كان المراد تعداد جميع الأسباب التي يكسب بها حق الارتفاق ، ابتداء كان ذلك أو انتقالا ، فلماذا لم يورد النص الشفعة ضمن هذه الأسباب ، وهي كالميراث يكسب بها حق الارتفاق انتقالا ؟

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٦٢٨ .

وتكون الأسباب التي يكسب بها حق الارتفاق ابتداءً إذن ، أو الأسباب التي تنشئ حق الارتفاق ، هي : (١) التصرف القانوني ، أي العقد والوصية . (٢) تخصيص المالك الأصل ، وقد قلنا أنه اتفاق ضمني فيلحق بالتصرف القانوني . (٣) التقادم المكسب .

المبحث الأول

التصرف القانوني

(acte juridique)

٥٦٣ - مسألتاه : نبحث في هذا الصدد : (١) أنواع التصرف القانوني الذي ينشئ حق الارتفاق . (٢) الحدود التي يقف عندها التصرف القانوني في إنشاء حق الارتفاق .

المطلب الأول

أنواع التصرف القانوني الذي ينشئ حق الارتفاق

٥٦٤ - المفرد والوصية : التصرف القانوني الذي ينشئ حق الارتفاق إما أن يكون اتفاقاً صادراً من الجانبين وهذا هو العقد ، أو أن يكون لإرادة منفردة صادرة من جانب واحد وهذه هي الوصية . والعقد هو السبب المألوف لكسب حق الارتفاق ابتداءً ، وهو الذي يلجأ إليه عادة مالكا العقار المرتفق والعقار المرتفق به لإنشاء حق ارتفاق على العقار الثاني لفائدة العقار الأول . أما الوصية فتأخر الوقوع . والأسباب الأخرى لإنشاء حق الارتفاق ، وهي تخصيص المالك الأصل والتقادم ، هي أيضاً أقل وقوعاً من العقد .

والوصية تصرف قانوني واحد لا يتنوع ، وتصلر من الموصي وهو مالك العقار المرتفق به ، يرتب بموجبها حق ارتفاق على عقاره لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق ، ويكون مالك هذا العقار المرتفق هو الموصى له .

أما العقد الذي ينشئ حق الارتفاق فيتنوع . وهو إما عقد معاوضة أو عقد تبرع . وعلى رأس عقود المعاوضة التي تنشئ حق الارتفاق البيع ، وبه ينشئ مالك العقار المرتفق به على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق ، في مقابل ثمن من النقود . ويكون مالك العقار المرتفق به هو

البائع ، ومالك العقار المرتفق هو المشتري ، والشئ المبيع هو حق الارتفاق . وقد يكون عقد المعاوضة الذي ينشئ حق الارتفاق مقايضة . فيصح مثلاً أن يرتب مالك العقار المرتفق به على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق ، في مقابل أن يرتب مالك العقار المرتفق حق ارتفاق على عقاره لفائدة العقار المرتفق به ، فيكون كل من العقارين عقاراً مرتفقاً وعقاراً مرتفقاً به . مثل ذلك أن يرتب كل من المالكين حق مرور على عقاره لفائدة العقار الآخر ، فيكون لكل من العقارين حق ارتفاق بالمرور في العقار الآخر . ويصح أيضاً أن يرتب مالك العقار المرتفق به على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق ، في مقابل أن يرتب مالك العقار المرتفق على هذا العقار أو على عقار آخر يملكه حق انتفاع لمصلحة مالك العقار المرتفق به يدوم طول حياة المستفع . وقد تكون المقايضة ترتيب حق ارتفاق على عقار ، في مقابل نقل ملكية عقار أو منقول لصاحب العقار المرتفق به . ومن عقود المعاوضة التي تنشئ حق الارتفاق الوفاء بمقابل ، فيصح أن يرتب صاحب العقار المرتفق به على عقاره حق ارتفاق لفائدة حق عقار آخر هو العقار المرتفق ، وفاء الدين في ذمة صاحب العقار المرتفق به لصاحب العقار المرتفق . وهكذا تنوع عقود المعاوضة التي تنشئ حق الارتفاق .

أما عقد التبرع الذي ينشئ حق الارتفاق فهو الهبة ، فيرتب صاحب العقار المرتفق به على عقار محق ارتفاق لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق ، وذلك دون مقابل . فيكون صاحب العقار المرتفق به هو الواهب ، وصاحب العقار المرتفق هو الموهوب له ، والشئ الموهوب هو حق الارتفاق .

وفي كل ما قلناه يكون التصرف القانوني سبباً لكسب حق الارتفاق بطريق الإنشاء (par voie de constitution) . وقد يكون التصرف القانوني ، كما في حق الانتفاع ، سبباً لكسب حق الارتفاق بطريق الاحتفاظ بهذا الحق (par voie de rétention) . فيبيع مثلاً مالك العقار عقاره لشخص ، ويحفظ في عقد البيع حق ارتفاق يرتب على العقار المبيع لفائدة عقار آخر يملكه البائع .

والتصرف القانوني أياً كان ، عقد معاوضة أو عقد تبرع أو وصية ، ينشئ حق الارتفاق من أى تقسيم كان . فينشئ حق الارتفاق المستمر كحق الشرب ، كما ينشئ حق الارتفاق غير المستمر كحق المرور . وينشئ حق الارتفاق الظاهر كحق المثل ، كما ينشئ حق الارتفاق غير الظاهر كحق المواشى . وينشئ حق الارتفاق الإيجابي كحق اغتراف المياه ، كما ينشئ حق الارتفاق السلبي كالحق في عدم البناء (١) . أما الأسباب الأخرى التى تنشئ حق الارتفاق ، وهى تخصيص المالك الأصل والتقدم ، فلا تنشئ من حقوق الارتفاق إلا ما كان ظاهراً ، فلا تنشئ حق الارتفاق غير الظاهر ، ولا تنشئ حق الارتفاق السلبي لأنه يكون دائماً غير ظاهر كما سبق القول (٢) .

٥٦٥ - الإلزام الشكلي للتصرف القانوني : ونجب مراعاة الأوضاع

الشكلية اللازمة للتصرف القانوني الذى ينشئ حق الارتفاق . فاذا كان هذا التصرف القانوني وصية أو هبة ، وجب إفراغه في الشكل الذى يتطلبه القانون . أما إذا كان التصرف عقد معاوضة كالبيع ، فلا يلزم لانهقاده شكل خاص .

وتسرى في إثبات التصرف القانوني الذى ينشئ حق الارتفاق القواعد العامة المقررة في الإثبات . فاذا كانت قيمة حق الارتفاق تزيد على عشرة جنيهات ، فلا يثبت التصرف القانوني إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها أو بالإقرار أو باليمين . وإذا لم ترد قيمة حق الارتفاق على عشرة جنيهات ، وهذا نادر ، جاز إثبات التصرف القانوني بجميع طرق الإثبات ، ويخل في ذلك البينة والقرائن .

٥٦٦ - موانع الموضوعية للتصرف القانوني : وتسرى القواعد

العامة أيضاً في الأحكام الموضوعية التى يخضع لها التصرف القانوني المنشئ لحق الارتفاق .

(١) بودى وشوغو فقرة ١٠٩٤ من ٨٢٢ - بلانيول وريجر ويكار ٣ فقرة ٩٥٠

من ٩٢٨ .

(٢) أنظر أيضاً فقرة ٥٥٦ .

فإذا كان هذا التصرف وصية ، سرت أحكام الوصية من حيث وجوب توافر شروط الصحة في الموصى له وفي الموصى به (١) ، ومن حيث جواز رجوع الموصى عن الوصية (٢) ، ومن حيث جواز قبول الموصى له للوصية ورده إياها (٣) ، ومن حيث جواز الوصية بالثلث للوارث وغيره (٤) ، وتسرى كذلك الأحكام الموضوعية الأخرى .

وإذا كان التصرف المنشئ لحق الارتفاق عقداً ، معاوضة أو تبرعاً ، سرت الأحكام الموضوعية التي تخضع لها عقود المعاوضة أو عقود التبرع ، والمتعاقدان هما من يرتب حق العقار ومن يرتب له هذا الحق .

فمن يرتب حق الارتفاق يجب أن يكون المالك للعقار المرتفق به . ويجب أن يكون أهلاً للتصرف إذا كان عقد معاوضة ، أو أهلاً للتبرع إذا كان العقد تبرعاً . ويجوز أن يكون مالكا في الشيوع للعقار المرتفق به ، وفي هذه الحالة يجب رضا سائر الملاك في الشيوع لأنه لا يجوز ترتيب حق ارتفاق على جزء شائع في العقار ، بل يجب أن يكون حق الارتفاق مترتباً على العقار الشائع في مجموعه ، ويجب للملك اتفاق جميع الملاك في الشيوع (٥) . ولما كان حق الارتفاق يجوز تعليقه على شرط كما سيأتي ، فإنه يجوز لشخص أن يرتب حق ارتفاق على عقار لم يملكه بعد ، ويعلق الحق على شرط واقف هو أن يملك هذا العقار (٦) . كذلك يجوز ترتيب حق الارتفاق على عقار ترتبت عليه حقوق عينية من قبل ، كحق ارتفاق سابق أو حق انتفاع أو حق رهن رسمى . وفي هذه الحالة لا يجوز أن يضار أصحاب الحقوق العينية السابقة بحق الارتفاق

(١) أنظر آتفاًقرة ٧٤ .

(٢) أنظر آتفاًقرة ٧٥ .

(٣) أنظر آتفاًقرة ٧٩ .

(٤) أنظر آتفاًقرة ٧٨ .

(٥) أنظر آتفاًقرة ٥٥٠ في آخرها - وإذا لم يرتب حق الارتفاق إلا أحد الملاك في الشيوع ، فإن صير الحق يتوقف على نتيجة القسمة ، فإن وقع العقار كله في نصيب المالك الذي رتب حق الارتفاق نفذ الحق بفضل الأثر الرجعي للقسمة ، وإلا سقط (يودوى وشوفو ققرة ١٠٩٦ ص ٨٢٦ - بلاهول وديجر ويكر ٣ ققرة ٩٥١ ص ٩٢٨) .

(٦) أنظر آتفاًقرة ٥٤٩ في آخرها في الملحق - يودوى وشوفو ققرة ١٠٩٦ ص ٨٢٦ .

الجديد ؛ إذا كانوا قد قاموا بشهر حقوقهم قبل شهر حق الارتفاق (١) ؛ وإذا كان مالك العقار المرتفق به لا يملك إلا رقبته ، فإن حق الارتفاق الذي يرتبه على العقار لا يجوز أن يضار به صاحب الانتفاع (٢) . أما صاحب الانتفاع نفسه ، فلا يملك أن يرتب حق ارتفاق لا على العقار لأنه لا يملك رقبته ، ولا على حق الانتفاع لأن حق الارتفاق إنما يرتب على الرقبة (٣) . وإذا كان مالك العقار المرتفق به يملكه ملكية تحت شرط فاسخ أو قابلة للفسخ أو للتقص ، وزالت هذه الملكية ، فإن حق الارتفاق يزول بزوالها . أما إذا كان مجرد حائز للعقار المرتفق به ، ولو كان حسن النية ، فإن حق الارتفاق الذي يرتبه على العقار لا يكون نافذاً في حق المالك الحقيقي للعقار إلا إذا أدت الحياة إلى تملك للعقار بالتقادم (٤) .

ومن يرتب له حق الارتفاق يجب أن يكون مالكا للعقار المرتفق . ويجب أن يكون أهلاً للتصرف إذا كان قد تلقى حق الارتفاق بعوض ، ولا تشترط فيه أهلية التصرف بل تكفي أهلية التعاقد إذا كان قد تلقى حق الارتفاق تبرعاً . وقد يتم التعاقد باسم مالك العقار المرتفق ويكون ذلك في الوكالة والفضالة ، أو يتم لمصلحة هذا المالك ويكون ذلك في الاشتراط لمصلحة

(١) فلا يجوز أن يتعارض هذا الحق الأخير مع حق ارتفاق سابق أوسع حق انتفاع ، كما يجوز لدائن الرهن أن يتخذ على العقار الموهون باعجازه غالباً من حق الارتفاق الذي سجل به قيد حقه (أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٠ ص ١٠٢ ومامش ٨٥٧ - بودري وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٧ - ص ٨٢٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥١) . وانظر فيما يتعلق بترتيب حق ارتفاق على عقار مرهون استئناف مصر ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحلة ١٧ رقم ٤٣٨ ص ٨٦٨ .

(٢) فإذا تعارض استعمال حق الارتفاق مع حق صاحب الانتفاع ، لم يجوز مالك العقار المرتفق أن يستعمل حق الارتفاق إلا بعد انتهاء حق الانتفاع (انظر آنفاً فقرة ٥٢٧ - بودري وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٧) .

(٣) وكل ما يملك هو أن يرتب في ذاته التزاماً شخصياً نحو مالك العقار الآخر (انظر آنفاً فقرة ٥٠٧ في آخرها في المامش - بودري وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٧ . وانظر حكس ذلك شليق شحاتة فقرة ٩٣ ص ١١٦ وقرة ٣٢٨ ص ٣٢٣ مامش ١) .

(٤) بودري وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٦ - ولا يجوز من ياب أول المستأجر أن يرتب على العقار المزيج حق ارتفاق لمصلحة عقار مجاور يملكه له (استئناف غنط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٩) .

الغير وفق التعهد عن الغير (١) . ويجوز أن يكون مالك العقار المرتفق مالكا له في الشيوع مع شركاء آخرين ، وفي هذه الحالة لا ينفذ حق الارتفاق إلا برضاء هؤلاء الشركاء الآخرين حتى يتقرر حق الارتفاق لفائدة كل العقار الشائع ، أو إلا إذا وقع العقار الشائع عند القسمة في نصيب الشريك الذي تعاقد على حق الارتفاق (٢) . ويجوز للشخص أن يحصل على حق ارتفاق لفائدة عقار لم يملكه بعد ، ويكون حق الارتفاق في هذه الحالة معاقفاً على شرط واقف هو أن يملك الشخص هذا العقار (٣) . ويجوز من باب أولى أن يكون مالك العقار المرتفق ، الذي يحصل على حق ارتفاق لفائدة هذا العقار ، لا يملك إلا رتبة هذا العقار . أما صاحب حق الانتفاع فليست له صفة في الحصول على حق ارتفاق لفائدة العقار المنتفع به ، وكل ما يملك هو أن يحصل على حق شخصي يكون محله الأعمال المكونة لحق الارتفاق (٤) . وإذا كان مالك العقار المرتفق يملكه ملكية تحت شرط فاسخ أو قابلة للفسخ أو للتقص ، وزالت هذه الملكية ، فان حق الارتفاق يزول بزوالها (٥) . أما إذا كان مجرد حائز للعقار المرتفق ، ولو كان حسن النية ، فانه لا يمكن أن يحصل على حق ارتفاق لفائدة هذا العقار إلا إذا أدت الحيازة إلى تملكه بالتقادم (٦) .

هذا وإذا اكتسب حق الارتفاق بالتصرف القانوني ، عقداً كان التصرف أو وصية ، فانه يجوز تعليق حق الارتفاق على شرط فاسخ أو على شرط واقف ، وتسرى القواعد العامة المتعلقة بالشرط . كما يجوز أن يكون حق الارتفاق

(١) أوبري وروفرقة ٢٥٠ ص ١٠٣ - بودي وشوفو فقرة ١٠٩٨ ص ٨٢٨ - بلاشير وريير ويكار ٣ فقرة ٩٥١ ص ٩٢٨ .

(٢) بودي وشوفو فقرة ١٠٩٨ ص ٨٢٨ .

(٣) بودي وشوفو فقرة ١٠٩٨ ص ٨٢٨ .

(٤) بودي وشوفو فقرة ١٠٩٨ .

(٥) بودي وشوفو فقرة ١٠٩٨ ص ٨٢٨ .

(٦) بودي وشوفو فقرة ١٠٩٨ ص ٨٢٨ - وهناك رأي يذهب إلى جواز أن يحصل الحائز على حق ارتفاق لمصلحة العقار الذي يحوزه ، وتطبق عليه أحكام الفضالة (شقيق ضمانة فقرة ٣٢٧ ص ٣٢٢) .

مقترناً بأجل فاسخ أو بأجل واقف ، فيترتب لمدة معينة ينتهي بانقضائها ، أو يترتب عند حلول أجل معين . وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام فيما هو المقصود بأن حق الارتفاق حق دائم (١) .

٥٦٧ _ التيسيل : ولما كان حق الارتفاق هو دائماً حق عيني عقارى ، فإن التصرف القانونى الذى ينشأه يجب دائماً تسجيله .

فاذا كان التصرف القانونى عقداً ، معاوضة كان أو تبرعاً ، فإن حق الارتفاق لا ينشأ ، لا بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين مالك العقار المرتفق ومالك العقار المرتفق به ، إلا بتسجيل العقد . وتسرى جميع قواعد التسجيل المقررة فى هذا الشأن (٢) .

وإذا كان التصرف القانونى وصية ، وجب أيضاً تسجيلها طبقاً لنص المادة ٩ من قانون الشهر العقارى الذى ورد فيه ذكر الوصية بالذات . وجزاء عدم تسجيل الوصية أن حق الارتفاق لا ينشأ ، لا بالنسبة إلى الغير ، ولا فيما الورثة والموصى له بحق الارتفاق (٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٥٠ - ٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم ، حيث قضى بأحقية المدعى فى الرى والصرف من مسق ومصرف معينين استناداً إلى اتفاق غير مسجل محرر بين المدعى عليه وبين ملاك الأتليان الأصليين الذين آلت إليهم الملكية من المدعى ، قد أسس ذلك على أن الحق موضوع هذا الاتفاق، منشأ كان أو مقررأ ، إن هو إلا من توابع الأتليان ينتقل معها إلى من توول إليهم ملكيتها ، وأن هذا الاتفاق يعتبر اشتراطاً لمصلحة الغير من توول إليهم ملكية الأتليان يترتب عليه نشوء الحق مباشرة للشترط بلا حاجة إلى نقله بطريق الحوالة ، وذلك دون أن يبين الحكم أن المدعى عليه مالك أوغير مالك لمجرى المصرف أوالمسق ، وهل هو صاحب حق فى مياهها أولاً ، فإن كان مالكا أو صاحب حق فهل الاتفاق المذكور منشأ للحق الذى هو محله فيكون تسجيله لازماً لإنشاء الحق بين العاقدين أنفسهم ، أم مقرر له فلا يلزم تسجيله ، أما إن لم يكن مالكا ولا صاحب حق فيكون هذا الاتفاق مجرد تعهد بعدم التعرض من جانب المدعى عليه فيما ليس له حق فيه ويكون القضاء للمدعى بالحق فى الرى والصرف غير متوقف على وجوده وعلى تسجيله - فهذا الحكم يكون معلوم الأساس ، مميزاً بحكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون (نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٤٨ بمجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٧٠ رقم ٢٥) .

(٣) أنظر فى تفصيل ذلك آنفاً فقرة ٨٦ .

المطلب الثاني

الحدود التي يقف عندها التصرف القانوني في إنشاء حق الارتفاق

٥٦٨ - تطبيق القواعد العامة : بعد أن طبقنا القواعد العامة على التصرف

القانوني الذي ينشئ حق الارتفاق فيما يتعلق بطرفيه مالك العقار المرتفق ومالك العقار المرتفق به ، ننتقل الآن إلى تطبيق القواعد العامة على محل التصرف القانوني المنشئ لحق الارتفاق ، وهذا المحل هو نفس مضمون حق الارتفاق .

ولما كان مضمون حق الارتفاق هو قيام مالك العقار المرتفق بعمل معين في العقار المرتفق به في الارتفاق الإيجابي ، أو امتناع مالك العقار المرتفق به عن القيام بعمل معين في عقاره في الارتفاق السلبي ، فهذا العمل أو هذا الامتناع عن العمل يجب أن يكون ، طبقاً للقواعد العامة . مشروعاً . أى غير مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب . وقل أن يوجد تطبيق على حق ارتفاق غير مشروع ، وإذا وجد فإن التصرف القانوني الذي أنشأ حق الارتفاق يكون باطلاً . فيمكن أن نتصور مثلاً أن مالك العقار المرتفق به باع للمالك العقار المرتفق حق ارتفاق بالمرور في أرضه حاملاً معه أشياء مهربة (contrebande) أو مخدرات أو حشيشاً أو أسلحة غير مرخص فيها أو غير ذلك من الأشياء المنوعة ، فيكون بيع حق الارتفاق في هذه الحالة باطلاً لمخالفة المحل للقانون وللنظام العام ^(١) .

والذي يقع عادة أن يكون مضمون حق الارتفاق عملاً من الأعمال التي تدخل في نطاق حق الملكية . فاما أن يقوم به مالك العقار المرتفق في العقار المرتفق به ، كأن يمر في هذا العقار ، فينتقص من نطاق ملكيته . أو أن تمتنع عن القيام به مالك العقار المرتفق به ، كأن تمتنع عن البناء في أرضه ، فيكون في هذا أيضاً انتقاص من نطاق ملكيته . والأعمال التي تدخل في نطاق الملكية . ويصح أن تكون مضموناً لحق الارتفاق أو محلاً له . كثيرة متنوعة ^(٢) . منها أعمال سبق أن جعلها المشرع ، بشروط معينة . مضموناً للقيود القانونية

(١) بودرى وشوفر ققرة ١٠٧٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٢ ققرة ٩٤٠ ص ٩١٧ .

(٢) وللأفراد أن يختاروا ما يشاؤون منها ، في حدود القانون والنظام العام والآداب .

فيجعلوها مضموناً أو محلاً لحقوق ارتفاق إرادية (انظر ٦٨٦ مدني فرنسي) .

التي أوردتها على حق الملكية ، فيعمد الأفراد بإرادتهم ، وخارج هذه الشروط إلى جعلها مضموناً لحقوق ارتفاق إرادية . ومنها أعمال لا شأن لها بمضمون القيود القانونية الواردة على حق الملكية ، ولكن الأفراد يختارونها لجعلوها هي أيضاً مضموناً لحقوق ارتفاق إرادية . ونستعرض كلا من هاتين الطائفتين من الأعمال .

٥٦٩ - تحويل القيود القانونية الواردة على حق الملكية إلى حق

لارتفاق إرادية : وقد سبق أن بسطنا ، عند الكلام في حق الملكية في الجزء الثامن من الوسيط ، القيود القانونية التي ترد على حق الملكية للمصاحبة الخاصة ، وقسمناها إلى حالات ترجع إلى الزى والصرف من شرب ومجرى ومسيل ، وحالات ترجع إلى التلاصق في الجوار وتتعلق بوضع الحدود وحق المرور والمطالات (١) . وقررنا أن التكييف الصحيح لهذه الحالات هي أنها قيود قانونية ترد على حق الملكية ، وليست حقوق ارتفاق حقيقية . فحق الارتفاق الحقيقي هو خروج عن التنظيم العام المألوف لحق الملكية ، في حين أن هذه القيود القانونية ليست خروجاً عن التنظيم العام المألوف ، بل هي ذاتها التنظيم العام المألوف لحق الملكية (٢) .

ولكن هذه القيود القانونية قد تتحول إلى حقوق ارتفاق حقيقية ، إذا هي خرجت عن التنظيم العام المألوف لحق الملكية . ويكون ذلك بألا تتوافر الشروط التي يتطلبها القانون لفرض هذه القيود ، وبالرغم من ذلك يفرضها الأفراد بإرادتهم ، فيخرجون بها عن التنظيم العام المألوف الذي يفرضه القانون وجعل له شروطاً لم تراعى الأفراد توافرها . ومن أجل ذلك قلنا إن هذه القيود تتحول من قيود قانونية توافرت فيها شروط التنظيم العام المألوف الذي وضعه القانون لحق الملكية ، إلى حقوق ارتفاق حقيقية تخرج على هذا التنظيم العام المألوف إذ هي لم تتوافر فيها شروطه . ونستعرض هذه القيود القانونية قيداً قيداً ، لنرى كيف تتحول على هذا النحو من قيود قانونية إلى حقوق

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٤٤١ - فقرة ٤٨٢ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٥٧ - وأنظر الوسيط ٨ فقرة ٣٩٢ .

ارتفاع حقيقة . فلم إلماًأ سريماً ، بهذا القصد ، بقيود الشرب والمجرى والمسيل ووضع الحدود والمرور والمطل.

أما الشرب ، فحتى يكون قيداً يرد على ملكية صاحب المسقاة وليس بحق ارتفاع ، يجب أن يكون صاحب المسقاة قد استوفى حاجته منها لرى أرضه رياً كافياً وفاضت منها مياه بعد ذلك ، وأن تكون أرض الجار مجاورة لأرض صاحب المسقاة ، وأن يكون الجار فى حاجة إلى رى أرضه (١) . ويمكن تحويل هذا القيد إلى حق ارتفاع إذا اختل شرط من هذه الشروط ، واستتبع ذلك ألا يكون للجار الحق بحكم القانون فى أن يأخذ ما فاض من مياه المسقاة لرى أرضه . إذ يجوز عندئذ للجار أن يتفق مع صاحب المسقاة فى أن يكون له حق ارتفاع بالشرب من هذه المسقاة ، بمقابل أو بغير مقابل بحسب ما يتفقان عليه . فإذا كان أرض الجار غير ملاصقة لأرض المسقاة ، فلا يكون للجار الحق بحكم القانون أن يأخذ شيئاً من مياه المسقاة . ومع ذلك إذا اتفق الجار مع صاحب المسقاة على أن يكون له حق ارتفاع بالشرب من المسقاة ، كان هذا الاتفاق وهو تصرف قانونى منشأً لحق ارتفاع إرادى ، وهو حق ارتفاع حقيقى وليس قيداً قانونياً كما يكون الأمر لو أن شرط التلاصق فى الجوار قد توافر . وبذلك يتحول القيد القانونى بالشرب إلى حق ارتفاع بالشرب ، مصدره التصرف القانونى (الاتفاق) لا القانون . ويكون مضمون حق الارتفاع بالشرب هنا هو نفس مضمون القيد القانونى بالشرب ، أو يكون أوسع أو أضيق بحسب ما يحدده الاتفاق . وكذلك الحال لو أن المسقاة لا يفيض منها مياه بعد أن يروى صاحبها أرضه منها رياً كافياً ، فلا يكون للجار الحق بحكم القانون أن يأخذ شيئاً من مياه المسقاة . ومع ذلك يتفق الجار مع صاحب المسقاة على أن يكون له حق ارتفاع بالشرب من المسقاة ، ويكون صاحب المسقاة فى هذا الفرض قد اكتفى برى أرضه رياً جزئياً أو حفر بئر ليرتوازياً ليستكمل ريه أو اتخذ غير ذلك من التدابير حتى يتمكن أن يرتب حق ارتفاع بالشرب على مسقائه لمصلحة جاره .

وأما المجرى والمسيل ، فحتى يكونا قيدين على ملكية مالك الأرض وليسا بحق ارتفاق ، يجب أن يكون الجار الذى يطلبها من مالك الأرض فى حاجة إلى رى أرضه عن طريق المجرى أو إلى صرف مياهه عن طريق الصرف (١) . ويمكن تحويل هذين القيدين إلى حق ارتفاق إذا اختلف هذا الشرط ، واستتبع ذلك ألا يكون للجدار بحكم القانون أن يحصل فى أرض جاره على مجرى أو مصرف . فإذا كان الجار لديه وسيلة أخرى للرى كأن كان يستطيع رى أرضه رياً كافياً عن طريق آبار إرتوازية ، أو كانت لديه وسيلة أخرى للصرف كأن كان يستطيع أن يصرف المياه من طريق آخر ولو كان بعيداً ، لم يعد له عند ذلك أن يطلب حق المجرى أو حق المسيل فى أرض جاره ، ولكنه يستطيع مع ذلك أن يتفق مع مالك الأرض ، بمقابل أو بغير مقابل ، على أن يكون له فى الأرض حق ارتفاق بالمجرى أو حق ارتفاق بالمسيل . وبذلك يتحول القيد القانونى بالمجرى إلى حق ارتفاق بالمجرى ، والقيد القانونى بالمسيل إلى حق ارتفاق بالمسيل ، ومصدر كل من هذين الحقين الاتفاق لا القانون .

وأما وضع الحدود فهو قيد على حق الملكية ، إذ أن كل مالك من المالكين المتلاصقين يجبر على المساهمة فى وضع الحدود ، فتتقيد بذلك حريته فى ملكه بعد أن كان حراً فى تحديد هذا الملك أو عدم تحديده (٢) . وكل ما يستطيع المالك أن يطالب به جاره الملاصق بموجب هذا القيد القانونى ، هو أن يشاركه فى إقامة حدود ثابتة بين أرضيهما . فإذا زاد على ذلك ، وطلب من جاره مثلاً تحويط أرضه بسلك أو بسور أو سياج أو بنحو ذلك ، لم يجبر الجار على هذا التحويط (م ١/٨١٨ مدنى) (٣) . ومع ذلك إذا اتفق الجاران على أن يكون لكل منهما حق ارتفاق على أرض الآخر ، بأن يشتركا فى تحويط أرضيهما دون الاقتصار على وضع حدود ثابتة بينهما ، فإمنا بذلك فضول الناس وعبت العايشين وسطو اللصوص ، كان هذا الاتفاق منشأً لحق ارتفاق

(١) الوسيط ٨ فقرة ٤٥٢ .

(٢) الوسيط ٨ فقرة ٤٥٦ - فقرة ٤٦٣ .

(٣) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٤٦٤ وقررة ٦٠٩ - فقرة ٦١٠ .

لإدائى . وبذلك يتحول القيد القانونى بوضع الحدود إلى حق ارتفاق بالتحويط ويكون مصدر حق الارتفاق بالتحويط هو الاتفاق لا القانون ، ومضمونه تحويط المالكين لا الاقتصار على وضع الحدود فيما بينهما .

وأما المرور ، فحتى يكون قيداً قانونياً على أرض الجار ، يجب أن تكون أرض المالك المجاور محبوسة عن الطريق العام ، ولا منفذ لها إلا بالمرور من أرض الجار (١) . فإذا فرض أن المالك المجاور قد حصل على حق المرور من أرض الجار ، ثم انفك حبس أرضه ، بأن استحدث مثلاً طريق عام بجوارها أو كسب المالك ملكية أرض مجاورة لها منفذ إلى الطريق العام فانفك بهذا المنفذ حبس أرضه الأولى ، فان حق المرور يفقد السبب فى بقاءه ومن ثم يزول . ذلك أن هذا الحق ليس بحق ارتفاق ، بل هو قيد على ملكية الأرض المجاورة . وهذا القيد منوط بانحباس الأرض التى يمارس صاحبها حق المرور ، فإذا انفك الحبس لم يعد للقيد مبرر ، وأصبح صاحب الأرض المجاورة غير ملزم بتحمل هذا القيد بعد أن زال سبب قيامه . فإذا طالب هذا الأخير بإنهاء حق المرور كان له ذلك ، بعد أن أصبح للأرض التى كانت محبوسة ممر آخر يؤدى إلى الطريق العام . وإذا رضى ببقاء حق المرور متفقاً على ذلك مع المالك المجاور ، كان له ذلك أيضاً ، ولكن حق المرور فى هذه الحالة ينقلب من قيد قانونى مصدره القانون إلى حق ارتفاق حقيقى مصدره الارتفاق (٢) . كذلك ينقلب القيد القانونى إلى حق ارتفاق حقيقى إذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد اتفق مع الجار على أن يمر فى موضع من الأرض المجاورة ليس هو الأخف ضرراً ، أو كان هو الطريق الأطول دون مبرر ، أو كانت الأرض غير محبوسة ولكن صاحبها اتفق مع الجار على المرور فى أرضه لأن المسافة منها إلى الطريق العام أقصر وأيسر .

وأما المظل ، فانه إذا كان مطلاً مواجهاً وجب ألا يفتح على مسافة تقل عن متر من حدود ملك الجار ، وإذا كان مطلاً منحرفاً قلت المسافة فأصبحت نصف متر بدلاً من متر (٣) . فإذا استوفى المظل حدود هذه المسافة ، لم

(١) الوسيط ٨ فقرة ٤٦٦ .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٤٦٧ .

(٣) الوسيط ٨ فقرة ٤٧٥ .

يعتبر ، مواجهها كان أو متحرفاً ، حتى ارتفاعاً على العقار المجاور ، بل هو قيد من قيود الملكية لمصلحة العقار المجاور . وينقلب هذا القيد إلى حق ارتفاع ، إذا اتفق صاحب المثل مع صاحب العقار المجاور على فتح المثل على مسافة أقل من المسافة القانونية ، فيفتح المثل المواجه على مسافة أقل من متر ، أو المثل المنحرف على مسافة أقل من نصف متر . وفي هذه الحالة يتم الانقلاب من وجهين : يتحول القيد القانوني ومصدره القانون إلى حق ارتفاع حقيقي ومصدره الاتفاق ، ثم إن القيد القانوني الذي كان مقررأ لمصلحة العقار المجاور ينقلب إلى حق ارتفاع على هذا العقار لا لمصلحته . وإذا تم لصاحب المثل كسب حق الارتفاع بالمثل على هذا الوجه ، فليس لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطاً في ملكه إلا بعد أن يبتعد عن المثل المفتوح بمسافة متر أو نصف متر بحسب ما يكون المثل مواجهاً أو متحرفاً ، وذلك حتى يسلم للمثل مسافته القانونية . فإذا التزم صاحب العقار المجاور ترك المسافة القانونية من حد المثل وأقام بناء ، فليس لصاحب المثل أن يطالب بهدم البناء ، لأنه لم يكسب إلا حق ارتفاع بالمثل وقد سلم له مطله بمسافته القانونية ، دون أن يكسب حق ارتفاع بعدم البناء ، وإذا أقام صاحب العقار المجاور حائطاً في ملكه بعد ترك المسافة القانونية ، فانه يجوز له أن يفتح في هذا الحائط مطلاً بشرط أن يراعى هو أيضاً المسافة القانونية . فإذا كان المثل الأول مفتوحاً في حائط مقام على الخط الفاصل ، كان لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطاً يبعد عن المثل أي عن الخط الفاصل بمسافة متر ، وله في هذه الحالة أن يفتح مطلاً مواجهاً في حائطه لأن هذا المثل يكون في هذه الحالة مفتوحاً في حدود المسافة القانونية فهو يبعد عن الخط الفاصل بمسافة متر (١) .

٥٧٠ - اختيار أعمال أخرى غير داخلية في القيود القانونية الواردة

على من الملكية محرم حقوق ارتفاع إرادية : وفيما قدمناه (٢) بيان بأهم الأعمال التي تصح أن تكون مضموناً لحقوق ارتفاع إرادية ، استعبرت من

(١) انظر في ذلك الوسيط ٨ ققرة ٤٧٨ .

(٢) انظر آنفاً ققرة ٥٦٩ .

مضمون القيود القانونية الواردة على حق الملكية بعد أن حولنا هذه القيود القانونية إلى حقوق ارتفاق إرادية على الوجه الذى ينطأه فيها تقدم . ولكن حقوق الارتفاق الإرادية لا تنقيد ، كما تنقيد القيود القانونية الواردة على حق الملكية ، بمضمون معين . بل إن الإرادة حرة تختار ما تشاء من الأعمال مضموناً لحقوق الارتفاق الإرادية ، فى حدود القانون والنظام العام والآداب . ولذلك جاز للأفراد أن يتفقوا على حقوق ارتفاق يكون مضمونها أعمالاً غير الأعمال التى سردها فيها تقدم . ونذكر على سبيل المثال ، لا على سبيل الحصر ، بعض حقوق الارتفاق التى يجوز كسبها عن طريق التصرف القانونى ، فننشئها الإرادة ، عقدا كانت أو وصية .

فهناك حقوق ارتفاق إيجابية . ومن أمثلتها حق الارتفاق باعتراف المياه (*puisage*) ، وحق الارتفاق برعى المواشى (*pacage*) ، وحق الارتفاق باستخراج الأحجار والمعادن والمواد الأخرى (*extraction de matériaux*) ، وحق الارتفاق بمسيل مياه المطر والمياه المترلية (*égout des eaux pluviales et des eaux ménagères*) ، وحق الارتفاق بإلقاء القمامة (*jeter des bios nécessaires immondiées*) ، وحق الارتفاق بالاحتطاب (*prendre des bios nécessaires au chauffage*) ، وحق الارتفاق بوضع عوارض من الخشب على الحائط الفاصل (*plaquer des poutres et des solives dans le mur du voisin*) ، وحق الارتفاق باختراق عمار الجار لإصلاح منزل أو حائط ملاصق (*tour d'échelle*) وغير ذلك من حقوق الارتفاق^(١) .

وهناك حقوق ارتفاق سلبية . ومن أمثلتها حق الارتفاق بعدم البناء (*aedificandi*) ، وحق الارتفاق بعدم تعلية البناء لأزيد من ارتفاع معين (*non altius tollendi*) ، وحق الارتفاق بعدم البناء فى أزيد من

(١) ومن ذلك تحميل منزل المالك أو جداره على منزل الجار أو جداره : *servitude d'appui* ، وحق لشقفة *abreuvement* ، والحق فى توصيل حيوانات عمار إلى عين أو غدير أو مستنقع ملوك لآخر لشرب منها ويشتمل هذا حق المرعى *pacage et pâturage* .
أنظر فى ذلك محمد كامل مرمى ٢ فقرة ٤٦٣ وفقرة ٤٦٧ وفقرة ٤٦٨ .

مساحة رقعة معينة (م ١٠١٨ مدني) ، وحق الارتفاق بالرؤية (prospect) وحق الارتفاق بعدم الحفر للكشف عن المياه الجوفية (non fodiendi) ، وحق الارتفاق بعدم مسئولية مستغل المنجم (concessionnaire d'une mine) عن الأضرار التي تنجم عن استغلاله وتصيب سطح الأرض .

وهذا كله إلى جانب حقوق الارتفاق المترعة من القيود القانونية الواردة على حق الملكية بعد أن تحولت هذه القيود إلى حقوق ارتفاق حقيقية : حق الارتفاق بالشرب ، وحق الارتفاق بالمجرى ، وحق الارتفاق بالسيل ، وحق الارتفاق بوضع الحدود ، وحق الارتفاق بالمرور ، وحق الارتفاق بالمطل (١) .

٥٧١ - قيدانه أساسياته بمقداره من قوة التصرف القانوني في إنشاء

حق الارتفاق : ومهما يكن من تنوع حقوق الارتفاق الإرادية ، فإن هناك حدوداً يقف عندها التصرف القانوني في إنشاء حق الارتفاق . فإلى جانب القيد الرئيسي العام ، وهو ما أسلفناه من وجوب أن يكون مضمون حق الارتفاق الإرادي مشروعاً أي غير مخالف للقانون ولا النظام العام ولا الآداب ، هناك قيدان أساسيان آخران خاصان بحق الارتفاق تجب إضافتهما إلى هذا القيد الرئيسي العام . وهذان القيدان يمكن استخلاصهما من نفس تعريف حق الارتفاق كما ورد في المادة ١٠١٥ مدني ، فقد رأينا (٢) هذا النص يقول : « الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر » . فهناك إذن قيدان أساسيان يتقيد بهما حق الارتفاق بوجه عام ، أي إذا كان سبب كسب هذا الحق ، وسواء كان هذا السبب هو التصرف القانوني أو تخصيص المالك الأصلي أو التنازل . وهذان القيدان هما : (أولاً) يجب أن يكون حق الارتفاق بحيث يحد من منفعة عقار ، فيجب إذن أن يتقرر هذا الحق على عقار ، لا أن يفرض على شخص . (ثانياً) ويجب أن يتقرر حق الارتفاق لفائدة عقار غير العقار الأول يملكه شخص آخر ، فيجب إذن

(١) أنظر بياناً ستوف بحقوق الارتفاق المتنوعة في بلانيول وريبير وبيكار ٣قرة

٩٤٠ ص ٩١٧ مائت ١ .

(٢) أنظر أيضاً ققرة ٥٤٩ .

أن يقرر هذا الحق لفائدة عقار ، لا لفائدة شخص (١)
 فحق الارتفاق إذن يترتب على عقار لا على شخص ، وينشأ لفائدة
 عقار لا لفائدة شخص . هذان هما القيدان الأساسيان اللذان تنولى الآن بحثهما ،
 وقد وردا صراحة في المادة ٦٨٦ من التقنين المدني الفرنسي ، إذ تقول هن
 التكليف التي يقررها حق الارتفاق أنها « يجب ألا تكون مفروضة على
 شخص ولا لمصلحة شخص ، بل يجب أن تفرض على عقار ولمصلحة عقاره (٢) » .

٥٧٢ - الفقه الأول - من الارتفاق يقرر على عقار لا على شخص -

نص قانوني : فلا يجوز أن يكون مضمون حق الارتفاق التزاماً شخصياً
 يترتب في ذمة مالك العقار المرتفق به لمصلحة مالك العقار المرتفق ، بل يجب
 أن يكون هذا المضمون تكليفاً عينياً يترتب على العقار المرتفق به ، ولا يترتب
 في ذمة مالكه . ذلك بأن حق الارتفاق إنما هو حق عينى متفرع عن حق
 الملكية ، فيجب أن يكون جزءاً من حق الملكية يجعل لمالك العقار المرتفق أن
 يباشر بعض سلطات الملكية على العقار المرتفق به . فحق الارتفاق ، كحق
 الملكية وكل حق عينى آخر ، سلطة مباشرة يستعملها صاحب هذا الحق على

(١) وقد كانت حقوق الارتفاق ، في العهد الإقطاعي في فرنسا ، لا تقتصر على أن تكون
 حقاً عينياً تفرض على عقار لمصلحة عقار آخر . بل كانت تجاوز العقار إلى الشخص ،
 تفرض التزامات شخصية في ذمة مالك العقار المرتفق به لمصلحة مالك العقار المرتفق ، وكانت
 بذلك تجعل ملاك العقارات المرتفق بها طبقة اجتماعية تنضج لسيادة طبقة اجتماعية أخرى هي
 طائفة ملاك العقارات المرتفقة . وقد هدمت الثورة الفرنسية كل هذه الفروق الطبقية ومحت
 ما كان عهد الإقطاع قد خلفه من سيادة أرض على أرض ، وهي سيادة تتضمن سيادة طبقة على
 طبقة . وانتقل إلى التقنين المدني الفرنسي مآقات به الثورة الفرنسية في هذا السبيل ، فأضاف
 إلى كلمة *servitudes* التي كان عهد الإقطاع يقتصر عليها رمزاً لخضوع أرض لسيادة أرض
 أخرى ، عبارة *services fonciers* حتى يحمو هذا الرمز ، ونص صراحة في المادة ٦٣٨ منه
 على أن « حق الارتفاق لا يتضمن البتة استلاء *prééminence* عقار على عقار آخر » (أنظر
 بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٠) .

وقد بلغ الأمر ، في عهد الإقطاع ، في جعل الارتفاق يتضمن خدمات شخصية ، إلى حد
 جعل هذا الحق يفرض على صاحب العقار المرتفق به أن يقلب مياه مستنقع حتى يمنع الضفادع
 من إقلاق نوم السيد المجاور (أنظر بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٧ : ص ٨١١) .

(٢) وهذه عبارة المادة ٦٨٦ ملق فرنسي الأصلية « *pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds.* »

وأنظر المادة ١/٩٨٧ ملق سوري ، والمادة ١/٨٤ من قانون الملكية العقارية اللبناني .

العقار المرتفق به ذاته دون وساطة مالك هذا العقار ، فلا يترتب في ذمة هذا المالك أى التزام شخصي نحو صاحب حق الارتفاق (١) . وإذا التزم مالك العقار المرتفق به نحو مالك العقار المرتفق بالتزام شخصي ، فانما يكون ذلك لا بموجب حق الارتفاق ، بل يكون أجنبياً عن هذا الحق ، وبناء على مصدر من مصادر الالتزام . ولا يلتزم مالك العقار المرتفق به في هذه الحالة باعتباره مالكا لهذا العقار ، بل بصفته الشخصية . ولا ينتقل التزامه إلى من يخلفه في ملكية العقار المرتفق به ، بل ينتقل مع تركته إلى ورثته الشخصيين (٢) . ولا يجوز أن يكون هذا الالتزام الشخصي مؤبداً ، فان الالتزامات الشخصية لا تتأبد ، وهذا دليل آخر على العلاقة لهذا الالتزام بحق الارتفاق فان حق الارتفاق يصح أن يكون مؤبداً (٣) .

وعلى ذلك لا يجوز أن يكون مضمون حق الارتفاق هو التزام مالك العقار المرتفق به التزاماً شخصياً بخدمة العقار المرتفق ، على أساس أن هذا الالتزام الشخصي ينتقل إلى كل مالك للعقار المرتفق به . فلا يجوز مثلاً أن يكون هذا المضمون التزام مالك الأرض المرتفق بها بحرق الأرض المرتفقه ، أو بتسميدها ، أو بحرق محاصيلها ، أو بتسويق هذه المحصولات ، أو بتقنية الدودة والآفات الزراعية الأخرى ، أو نحو ذلك من الالتزامات الشخصية التي وإن أفادت الأرض المرتفقه ، إلا أنها التزامات تترتب في ذمة شخص ، لا تكاليف تنقرر على عقار (٤) .

(١) فصاحب حق الارتفاق بالمرور مثلاً يباشر هذا الحق على أرض الجار مباشرة ، ويمر فيها ، دون أن يلتزم الجار نحوه بأى التزام شخصي *servitus non in faciendo consistit* . فلا يطلب من الجار أن يبيت على حق المرور ، أو أن يقوم بأية عمل لتسهيله من ذلك ، وكل ما يطلب من الجار هو ألا يضع أمامه حاجزاً يحول بينه وبين المرور . ذلك بأن الجار يجب عليه احترام حق الارتفاق المبنى ، شأنه في ذلك شأن أى شخص آخر ، إذ يجب على الناس كافة احترام الحقوق العينية عندما يستعملها أصحابها . أنظر أيضاً بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤١ .

(٢) فلو انتقلت ملكية العقار إلى شخص آخر ، فان الالتزام لا ينتقل معه إلا في الحدود التي قررها القانون لانتقال الالتزام إلى الخلف الخاص . وفي خارج هذه الحدود يبقى الالتزام في ذمة الشخصية ولا ينتقل مع العقار ، ويبقى بعد موته في تركته كاسبق القول .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤١ ص ٩١٩ .

(٤) بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤١ ص ٩١٨ .

والذي يجوز هو أن يلتزم صاحب العقار المرتفق به بالقيام بعمل ثانوي لا يكون هو أصل مضمون الارتفاق ، بل يكون عملاً إضافياً (*accessoire*) تابعاً له ويقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٠٢١ مدني إذ تقول : « لا يلتزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بأي عمل لمصلحة العقار المرتفق ، إلا أن يكون عملاً إضافياً يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف ، ما لم يشترط غير ذلك » (١) . فيجوز أن

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ١٢٨٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ولا يجوز أن يلزم مالك العقار المرتفق أن يقوم بأي عمل ، إلا أن عملاً إضافياً يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف » . وفي لجنة المراجعة استبدلت عبارة « ولا يلزم » بعبارة « ولا يجوز أن يلزم » ، وأضيفت عبارة « ما لم يشترط غير ذلك » ، وأصبح النص رقمه ١١٠٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٢ . وفي لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « لمصلحة العقار المرتفق » بعد عبارة « ولا يلزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بأي عمل » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمة ١٠٢٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنة (مجموعة الأعمال التوضيرية ٦ ص ٦٣٦ - ٦٣٨) .

ويلاحظ في شأن هذا النص ما يأتى : (١) أضافت لجنة المراجعة إليه عبارة « ما لم يشترط غير ذلك » دون أن تذكر سبب هذه الإضافة . وليس للإضافة معنى ، فإن المقروض أن العمل الإضافى الذى يلزم به مالك العقار المرتفق به إنما يلزم به بموجب شرط خاص ، لأن يلزم به بموجب القانون « ما لم يشترط غير ذلك » . (٢) فصلت لجنة المراجعة النص من مكانه حيث كان فقرة ثانية لعدة ١٢٨٦ من المشروع التمهيدى وهو المكان المناسب ، إلى مكان أقل مناسبة ، دون أن تذكر السبب فى ذلك . هذا والنص مأخوذ من المادة ١٨٥ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، ولم ترد فيها عبارة « ما لم يشترط غير ذلك » (مشروع تنقيح القانون المدنى - المذكرة الإيضاحية جزء ٤ ص ١٣١) . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى شأن هذا النص : « وأما صاحب العقار المرتفق به فلا يلتزم شخصياً بشئ ، إلا أن يكون عملاً إضافياً يقتضيه استعمال حق الارتفاق على الوجه المألوف ، كإصلاح حق المرور ، وله عمل كل حال أن يتخلص من هذا الالتزام بتخليه عن ملكية الجزء المرتفق به (مجموعة الأعمال التوضيرية ٦ ص ٦٢٤) .

ولامقابل لنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لامقابل .

التقنين المدنى الليبى م ١٠٢٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لامقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لامقابل .

يلتزم مالك العقار المرتفق به بأن يتعهد بصيانة الطريق الذي يستعمل فيه حق الارتفاق بالمرور ، أو بتطهير المصرف الذي يستعمل فيه حق الارتفاق بالمسبل ، أو بصيانة المروى أو ممر المياه الذي يستعمل فيه حق الارتفاق بالشرب أو حق الارتفاق بالمجرى . أو بكسر الأحجار أو المواد الأخرى في المكان الذي يستعمل فيه حق الارتفاق باستخراج الأججار وغيرها من المواد ، أو باعداد التيار الكهربائي في المكان الذي يستعمل فيه حق الارتفاق باستمداد الكهرباء ^(١) . وينتقل هذا الالتزام من ذمة مالك العقار المرتفق به إلى ذمة كل من يخلفه على ملكية هذا العقار ^(٢) . ويلاحظ في شأن هذا الالتزام أمور ثلاثة : (١) أنه التزام يقتضيه استعمال حق الارتفاق على الوجه المألوف . (٢) وأن محله ليس هو المضمون الأصلي للارتفاق ، بل هو عمل إضافي تابع لهذا المضمون الأصلي . (٣) وأنه التزام عيني يجوز للمالك العقار المرتفق به أن يتخلص منه بالتخل (abandon) عن هذا العقار ^(٣) .

٥٧٣ - القيد الثاني - من الارتفاق ينشأ لفائدة عقار لا لفائدة شخص :

وكما يجب أن يترتب حق الارتفاق على عقار لا على شخص . كذلك يجب أن ينشأ لفائدة عقار لا لفائدة شخص . والمقصود بإنشاء حق الارتفاق لفائدة عقار أن يكون هناك ارتباط وثيق بين مضمون الارتفاق وبين الأغراض التي أعد لها العقار ، بحيث يكون من شأن حق الارتفاق أن يزيد في فائدة العقار أو في تجميله ، فتكون هناك علاقة طبيعية rapport de nature بين حق الارتفاق وبين العقار . فإذا لم يوجد هذا الاتصال الوثيق ، بل كان التكليف المقرر على العقار المرتفق به إنما قصد به تقديم فائدة شخصية للمالك العقار المرتفق لاصلة لها بهذا العقار الأخير . لم يجوز

(١) أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٢ - مازو فقرة ١٧٢٢ .

(٢) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٦ - بودرى وشوفو فقرة ١١٣١ - بلانيول

وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٢ ص ٩٢٠ ..

(٣) أنظر ماورد في الالتزام العيني في شأن هذا الالتزام : الوسيط ٨ فقرة ١٠٠

وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٢ ص ٩٢٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٧٤

أن يكون هذا التكليف حق ارتفاق (١) . فإذا كان للمالك العقار الحق في التنزه في حديقة جاره وفي قطف الثمار والزهور منها ، فهذا الحق لا صلة له بعقار المالك ، وقد تقرر لفائدة شخص المالك دون عقاره ، بل قد تقرر لفائدته الشخصية حتى لو لم يكن مالكا لأى عقار ، فالحق حق انتفاع أو حق استعمال وليس بحق ارتفاق (٢) . أما إذا كان للمالك العقار الحق في أخذ سباح وأتربة من أرض جاره لتسميد أرضه ولتسويتها ، فإن هذا الحق متصل اتصالاً وثيقاً بعقار المالك وقد تقرر لفائدة هذا العقار دون شخص المالك ، فهو إذن حق ارتفاق لاحق انتفاع .

وقس على ذلك ما إذا تقرر الحق للمالك في استعمال الملاعب الرياضية المنشأة في أرض جاره ، أو في الاستحمام في بركة السباحة المنشأة في حديقة الحار ، فإن هذا الحق لا صلة له بأرض المالك وقد تقرر لفائدة المالك شخصياً ، فهو إذن حق استعمال لاحق ارتفاق . أما إذا تقرر حق للمالك منزل في أن يحتطب في أرض جاره ليجلب منها الأخشاب اللازمة لتدفئة المنزل ، أو في أن يغترف من أرض جاره المياه اللازمة للحاجات المنزلية من شرب وغسيل ونحو ذلك ، أو في أن يستمد من أرض جاره الكهرباء اللازمة لإنارة المنزل ، فهذه التكاليف كلها لها صلة وثيقة بالمنزل وقد تقرر لفائدة المنزل ذاته بقطع النظر عن يسكنه ، فهي إذن حقوق ارتفاق (٢) .

٥٧٤ - تطبيقات مختلفة - عاروت يعتبر فيها الحق منشأ لفائدة عقار

وأخرى يعتبر فيها منشأ لفائدة شخص : ومن الحالات التي يعتبر فيها الحق منشأ لفائدة عقار ، ومن ثم يكون هناك حق ارتفاق ، أن يقسم المالك أرضه لبيعها قطعاً بعد أن ينشئ بينها شوارع وميادين يتعهد بإتارتها وصيانتها

(١) وكان الرومان يميزون حق الارتفاق عن حق الانتفاع على هذا الأساس . فإذا كان التكليف قد تقرر للمالك العقار المرتفق بصفة مالكا لهذا العقار ، وكان متصلاً اتصالاً وثيقاً بالعقار ويزيد قاعدته ، فالحق حق ارتفاق . أما إذا كان التكليف قد تقرر للمالك العقار المرتفق لاصفته مالكا لهذا العقار بل بصفة الشخصية ، وكان يفيد شخص المالك دون اعتبار لأنه مالك العقار إذ لا صلة بين العقار والتكليف فالحق حق انتفاع . أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ قرة ٩٤٤ .

(٢) أنظر بودرى وشوفو قرة ١٠٧٤ ص ٨٠٦ .

(٣) أنظر بودرى وشوفو قرة ١٠٧٥ .

وكنسها ، ويدرج في قائمة الشروط أن يكون للمشتري لهذه القطع الحق في استعمال هذه الشوارع والميادين للمرور على أن يدفع كل منهم مبلغاً سنوياً يتناسب مع اتساع قطعتة وثمنها . ففي هذه الحالة يكون لمشتري القطعة حق ارتفاق بالمرور في الشوارع والميادين ، وعليه أن يدفع المبلغ الذي يخصه في نظير صيانة هذه الشوارع والميادين وإنارتها وكنسها (١) . وكذلك إذا تعهد البائع في عقد بيع قطعة الأرض بألا يبيع القطع الأخرى لمصانع أو لمن يتجرون في سلع معينة حتى يتيسر بذلك إنشاء حي « بورجوازي » للسكنى ، ففي هذه الحالة يكون لمالك كل قطعة حق ارتفاق على القطع الأخرى - بألا تستعمل هذه القطع لإقامة مصانع أو للإتجار في هذه السلع (٢) . وإذا تعهد مالك منزل مجاور لمكان معد للعبادة بألا يقيم حفلات راقصة في منزله ، أمكن اعتبار أن هناك حق ارتفاق لفائدة المكان المعد للعبادة على المنزل المجاور (٣) . وإذا اتفق مستغل المنجم مع من يشتري منه السطح على ألا يكون الأول مسئولاً عن الأضرار التي تصيب السطح من جراء استغلال المنجم ، جاز أن يكون هذا الاتفاق منشئاً لحق ارتفاق على السطح لفائدة المنجم (٤) .

وإذا أقيم مصنع في أرض أعدت خصيصاً للمصنع بحيث لا يمكن فصل المصنع عن الأرض ، أو كان المصنع قد أقيم على الأرض لاستغلال مائي جوفها من مواد ومعادن ، فإن المصنع والأرض يصبحان عقاراً غير قابل للتجزئة ، وما يشترط لفائدة المصنع يعتبر مشروطاً لفائدة الأرض . ومن

(١) نقض فرنسي ٥ فبراير سنة ١٩٣٤ جازيت دي باليه ١٩٣٤ - ١ - ٧٢٤ - ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٨ جازيت دي باليه ١٩٣٨ - ٢ - ٨٣٩ .

(٢) نقض فرنسي ٢٩ مارس سنة ١٩٣٣ جازيت دي باليه ١٩٣٣ - ٢ - ٤٢ - باريس ٦ يونيو سنة ١٩٣٠ جازيت دي تريينو ١٩٣٠ - ٢ - ١٩١ - وقارن نقض فرنسي ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٤١٩ - ٣٠ يونيو سنة ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٨ - ١ - ٦٥ .

(٣) رويه ١٢ مارس سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٤ - ٢ - ١٣٠ .

(٤) نقض فرنسي ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٢٤١ - رويه

١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ جازيت دي باليه ١٩٣٧ - ١ - ٤١١ - بلانيول وريير وبكار ٣ فقرة ٥٤٢ وقررة ٩٤٥ ص ٩٢٣ .

ثم يعتبر حق ارتفاع مقرر آ لمصلحة الأرض ماعسى أن يحصل عليه المصنع من مالك أرض مجاورة من تعهد بامداد المصنع بمواد مستخرجة من هذه الأرض المجاورة ، كأثرية تمد مصنعاً للطوب أو للفخار أو للصيني ، أو فحم بمد مصنعاً للزجاج ، أو تيار كهربائي يستعمله المصنع من مسقط للمياه مجاور له (١) . ولكن لا يعتبر حق ارتفاع أن يشترط صاحب المصنع ، وهو يبيع عقاراً مجاوراً لمصنعه ، على مشتري هذا العقار ألا يقيم به مصنعاً مماثلاً لمصنعه ومزاحماً إياه ، فان شرط علم المزاحمة وإنما تقرر لمصلحة المصنع الاستقلالية للافائدة الأرض التي أقيم عليها المصنع (٢) .

ولا يعتبر حق ارتفاع أن ينفق مالك منزل مع مالك أرض على أن يكون للمالك المنزل حق الصيد أو القنص في الأرض ، فان هذا الحق قد تقرر للمالك المنزل شخصياً ولا صلة له بالمنزل . ومثل مالك المنزل في الحصول على حق الصيد والقنص في أرض الغير مثل المالك الذي يحصل على حق استعمال الملاعب الرياضية أو بركة السباحة الموجودة في أرض الغير ، أو على حق التنزه أو قطف الثمار والزهور في حديقة الغير . كل هؤلاء لا يتقرر لعقاراتهم حق ارتفاع ، وإنما يتقرر لهم شخصياً حق انتفاع أو حق استعمال ، وقد يقتصر الانتفاع أو الاستعمال على مجرد حق شخصي (créance) يحصلون عليه عن طريق الإيجار ، وكان يمكن لأى منهم أن يحصل على حق الصيد والقنص دون أن يكون مالكا لأى عقار (٣) .

ونرى مما تقدم أن تكليفاً مقررأ على عقار قد يكون حق ارتفاع ، إذا كان هذا التكليف قد تقرر لفائدة عقار آخر للافائدة شخصية تعود على مالك هذا العقار . وقد يكون التكليف حق انتفاع ، إذا كان قد تقرر لفائدة الشخص للافائدة العقار ، بعقد منشيء للحقوق العينية . وقد يكون التكليف مجرد حق شخصي (créance) ، إذا كان قد تقرر لفائدة

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٤ .

(٢) أنظر في شرط علم المزاحمة بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٦ ص ٨٠٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٦ .

(٣) أنظر بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٤ ص ٨٠٧ - مارتى ودينو فقرة ١٤٠ ص ١٦٠ وقارن بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٨ .

الشخص لالفائدة العقار، بقدر لا ينشئ إلا حقاً شخصية كعقد الإيجار. فإذا كان التكليف حق ارتفاق، فإن صاحب هذا الحق يجب أن يكون مالكا لعقار هو العقار المرتفق، ويصح أن يكون الحق أبدياً، وينقل إلى كل من يملك العقار المرتفق سواء كان خلفاً عاماً أو كان خلفاً خاصاً. وإذا كان التكليف حق انتفاع، فلا يشترط أن يكون صاحب الحق مالكا لعقار، ولا يكون الحق أبدياً بل يجب أن ينتهي حتماً بموت صاحبه، ولا ينقل إلا إلى خلف خاص. وإذا كان التكليف حقاً شخصياً، فإنه يشترك مع حق الانتفاع في أنه لا يشترط أن يكون صاحب الحق مالكا لعقار، ولا يكون الحق أبدياً، ولكنه يختلف عنه في أنه لا ينتهي حتماً بموت صاحبه بل يبقى في الزمرة. ويختلف الحق الشخصي عن كل من حق الارتفاق وحق الانتفاع في أن المدين بالحق الشخصي قد يكون ملتزماً التزاماً أصلياً بعمل إيجابي، أما مالك العقار المرتفق به أو مالك الرقبة فلا يجوز أن يلتزم التزاماً أصلياً بعمل إيجابي^(١).

٥٧٥ - تطبيق خاص لحق مسألة فائدة عقار - قيود البناء - نص

قانوني : تنص المادة ١٠١٨ مدني على ما يأتي :

١ - إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء، كأن يمنع من تجاوز حديمين في الارتفاع أو في مساحة رقبته، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات التي فرضت لمصلحتها هذه القيود. هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغيره.

٢ - وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة باصلاحها عيناً، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك^(٢).

(١) أنظر في ذلك بلانول وريير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٩. وانظر بودري وشوفر

فقرة ١٠٧٦ ص ٨١٠.

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٠ من المشروع النهائي على الوجه

الآتي : « إذا فرضت قيود معينة على حق مالك العقار في أن يبني كيف شاء، كأن يمنع من تجاوز حد معين في أن يرتفع بالبناء أو أن يمدفه، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات المجاورة، هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغيره. وكل ضرر =

وقد حسم هذا النص خلافاً كان قائماً في القضاء في عهد التقنين المدني السابق في تكييف الطبيعة القانونية لقيود البناء ، وهي قيود ألفت الحكومة وشركات الأراضي ، عندما تجزىء هذه وتلك أراضيها إلى قطع لتبيعها للجمهور ، أن تدرجها ضمن شروط البيع . وتقصدها أن تنشئ أحياء سكنية على قدر من التنسيق والنظام ومراعاة الشروط الصحية ، بحيث يكون السكن فيها مرغوباً فيه . وهذا دون شك قصد محمود ، يحقق مصلحة الجميع . يحقق مصلحة بائع هذه الأراضي ، إذ أن هذه الشروط يكون من شأنها تصحيح الأراضي وارتفاع ثمنها . ويحقق مصلحة المشترين ، إذ يستطيع كل مشتر أن يطمئن إلى أن غيره من المشترين سيتقيد بما يتقيد به هو عندما يبني أرضه ، فينشأ بسبب ذلك حي صحي متنسق يرتاح للإقامة فيه . ويحقق المصلحة العامة ، إذ أن إنشاء هذه الأحياء السكنية الصحية المنسقة على هذا

نشأ من مخالفة هذه القيود تجوز المطالبة باصلاحه عيناً ، إلا إذا تبين أن الحكم بالتوفيق جزاء عادل فيه الكفاية . ووافقت لجنة المراجعة على النص بفقرته تحت رقم ١١٠٢ في المشروع النهائي ، بعد تعديل الفقرة الأولى على الوجه الآتي : «إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين في الارتفاع بالبناء أو في مساحته وقته ، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة المقار المجاورة . هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغيره » . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٩٩ . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت في الفقرة الأولى بكلمة «المجاورة» عبارة «التي فرضت لمصلحتها هذه القيود» ، حتى لا يقتصر الأمر على مجرد الجوار وإنما يتناول المقار التي تقع في الحي الذي فرضت هذه للقيود لمصلحته من حيث التنسيق أو الأوضاع الصحية وما إليها . أما الفقرة الثانية فقد عدلت على الوجه الآتي لإظهار الغرض منها : «وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة باصلاحها عيناً ، ومع ذلك يجوز الاقتصاء على الحكم بالتوفيق إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك» . وقد أصبح النص ، بعد هذه التعديلات مطاباً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ١٠١٨ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدله لجنة (مجموعة الأعمال التضيرية ٦ ص ٦٣٠ - ص ٦٣٣) .

ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لامقابل .

التقنين المدني الليبي م ١٠٢١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٧٥ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

الوجه من شأنه تجميل المدينة التي يوجد فيها هذه الأحياء . وتوفير المساكن الصالحة لعدد كبير من السكان (١) . ومن أمثلة هذه الشروط ما ألقت الحكومة إدراجه في عقود بيعها لأراضيها في أحياء معينة كالزمالك والجيزة ومنشية البكرى ، وكذلك بعض شركات الأراضي كشركة أراضي الجزيرة وشركة المعادى . فيلتزم المشتري بموجب هذه الشروط ألا يبنى على الأرض التي يشتريها سوى منزل واحد مخصص للسكنى ، وألا يتجاوز في الارتفاع بالمبنى خمسة عشر متراً ، وأن يبعد بالبناء عن حافة الشارع مترين على الأقل ، وعن أى حد من الحدود الفاصلة بينه وبين القطع المجاورة ثلاثة أمتار على الأقل ، والأشغال بمسطح البناء الذى يقام على الأرض أكثر من نصف مساحتها ، وأن يراعى شروطاً صحية معينة في بناء المطابخ ومحلات الغسيل والمراحيض والمواسير المتصلة بها . وتنتهى قائمة هذه الشروط عادة بشرط يجرى على النحو الآتى : «الشروط الموضحة قبل ضرورة وجوهية للبيع . وللحكومة الحق في أى وقت كان في إجبار المشتري أو من يقوم مقامه باتباع تلك الشروط بوجه الدقة . وإلا وجب هدم ما بناه في الحال بمصاريف على طرفه» (٢) .

(١) وقد يقال إن العقد الذى يحتوى على هذه القيود والاشتراطات يعتبر من عقود الإذعان . وإذا صح التسليم بأنه فلا من عقود الإذعان ، فإن مؤدى ذلك أنه يجوز للقاضى تعديل الشروط التصفية أو إعفاء الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما تقتضيه به العدالة (م ١٤٩ مدنى) - ولما كانت الشروط المألوف إدراجها في مثل هذه العقود ترى إلى تحقيق مصلحة الجميع على الوجه الذى يبناه ، فإنه يندر أن يرد بينها شروط تصفية يصح للقاضى إلغاؤها . ولم يتبأ محكمة النقض أن تبين في هذه المسألة المعنية . ولكنها قررت في أحد أحكامها عدم جواز طرح المسألة لأول مرة أمامها إذا لم يسبق طرحها من قبل أمام محكمة الموضوع . فقضت بأن التمسك بأن قيود البناء الواردة في عقد البيع الصادر من الشركة المطعون عليها يعتبر من شروط الإذعان التى لأسبيل للمشتري عند توقيعه إلى المناقشة فيها لا يصح التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض ، مادام أنه لم يسبق طرحه من قبل أمام محكمة الموضوع (نقض مدنى ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٠ بمجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٢٩ ص ١٨٤) .

(٢) أنظر نص الشروط الخاصة بالبناء بأراضي الحكومة بالزمالك وغرب البحر الأحمر : محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٦٩ هامش ١ . وانظر في الخلاف الذى كان قائماً في القضاء : مصر مستعجل ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ المجلة ٢٩ رقم ٣١٠ ص ٦٤٠ .

قضت بعض المحاكم . في عهد التقنين المدني السابق : بأن هذه الشروط ليست إلا التزامات شخصية . لا يرتبط بها إلا مشتري الأرض نحو البائع ، وليست حقوق ارتفاق ^(١) . وينبئ على تكييف هذه الشروط بأنها التزامات شخصية . لاحقوق ارتفاق عينية . ما يأتي : (أولاً) أن البائع وحده هو الذي يستطيع المطالبة بهذه الالتزامات وهو الذي ارتبط نحوه المشتري فأصبح وحده هو الدائن . ومن ثم لا يستطيع مشتر لقطعة أرض أن يطالب بهذه الالتزامات مشترياً قطعة أرض أخرى ، إذ لا تقوم علاقة بين الاثنين ، وليس أى منهما دائناً للآخر . (ثانياً) والبائع لا يستطيع أن يطالب بتنفيذ هذه الالتزامات إلا المشتري منه مباشرة فهو الذي ارتبط معه بالعقد ، ولا يستطيع أن يطالب بتنفيذها المشتري من المشتري أو من تسلسل بعد هذا من المشتريين . إلا على أساس أنه خلف خاص للمشتري انتقلت إليه التزامات السلف . ولم يكن التقنين المدني السابق يسلم بانتقال الالتزام إلى الخلف الخاص . وإذا سلم التقنين المدني الجديد بانتقال الالتزام إليه ، فإنه يشترط لذلك أن يكون هذا الخلف عالياً بهذا الالتزام وقت انتقال الأرض إليه (م ١٤٦ مدني) . فيكفي إذن . حتى لا ينتقل الالتزام . أن يعجز البائع عن إثبات علم الخلف الخاص به . (ثالثاً) وإذا اقتصرنا على العلاقة فيما بين البائع والمشتري منه مباشرة . فإن البائع يكون دائناً عادياً للمشتري . وإذا خالف المشتري الشروط . فقل أن يستطيع البائع أن يطفر بالتنفيذ العيني للالتزام . ويكفي لذلك أن يرهن المشتري الأرض مثلاً ، حتى يقدم الدائن المرتهن على البائع . (رابعاً) ومادام البائع هو الدائن وحده بهذه الشروط . فإنه يستطيع أن يلزم بها مشترياً دون مشتر . وله أن يتفق مع بعض المشتريين على ما يخالفها .

(١) محكمة استئناف مصر ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ المحضاة ١٣ رقم ٢٠٦ ص ٤١١ - مصر الكلية ٣١ مايو سنة ١٩٢٧ مجلة كلية الحقوق ٢ ص ٨٥ - استئناف مخطط أول أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣١٩ - أول مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٢٨ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٧ - وقد استند هذا القضاء إلى أن كلمة «ارتفاق» لم ترد بفقد البيع ، ويصعب تأويل سكوت الشركة عن استعمال هذه الكلمة المألوفة الجارية بأنها أرادت مع ذلك تقرير هذا الحق . هذا إلى أن الارتفاقات من المسائل التي لا يجوز التوسع فيها . وقد أباحت الشركة لأحد المشتريين ، في مقابل مبلغ من المال تخالفه هذه الشروط ، ولو كان هناك ارتفاق لما صح ذلك ، ولا ملكت الشركة هذا الحق (محمد كامل مرسي ٢ فقرة ٤٧٢) .

ولكن محاكم أخرى قضت بعكس ما تقدم ، وبأن هذه الشروط ليست التزامات شخصية . بل هي حقوق ارتفاق عينية متبادلة بين جميع القطع المبيعة . وهي تتبع العقار وتنقل معه بالبيع إلى كل مشتر تال (١) . وقد أبدت محكمة النقض ، في عهد التقنين المدني السابق ، هذا الرأي الأخير ، وقضت بأن الاشتراطات التي وضعها الحكومة في عقد البيع وصفت في العقد ذاته بأنها حقوق ارتفاق وقيود (servitudes et restrictions) وهذه القيود والشرائط . الموصوفة وصفها الحقيقي في عقد البيع ، مقررّة لتكاليف مستمرة ينطبق عليها نص المادة ٣٠ من التقنين المدني السابق . إذ كل قطعة تصبح بموجبها مرتفعاً بها لمنفعة سائر القطع ، تحقيقاً للغرض المنشود ، وهو تشييد دور ذات نظام خاص تتوافر فيها أسباب الراحة والهدوء . ويتكون منها حي ممتاز يطيب المقام فيه (٢) .

(١) استئناف مصر ٨ مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٩٧ ص ٨١٤ (وقالت المحكمة في أسباب حكمها إن هذا التمهيد الضمني من جانب البائعة ومن حل محلها بمراعاة الشروط المدونة في عقود البيع مستفاد في القضية الحالية منه مبيع أول قطعة بشروط ما كان في الإمكان تحقيقها بدقة إلا بتضمينها المبيعات الأخرى . فلهذا الوقت انقضى اتفاق الطرفين الصريح على الأخذ في تنفيذ تلك الشروط بالتدرج إلى النهاية . فهناك إذن في صالح أرض المستأنف الحال من جانب ، وعلى أراضي المستأنف عليهم الثلاثة الآخرين من جانب آخر ، حق ارتفاق بعدم البناء في منطقة خاصة ، وحق آخر بعدم تجاوز ارتفاع مبن في البناء . ومن شأن هذه الحقوق أن توجد بينهم رابطة قانونية لانزعاج فيها . تحميا الدعوى العينية ، وتجعل للمستأنف الحق في رفع هذه الدعوى بطلب الإزالة ، وكذلك إذا لزم الحال بطلبهم بتعويضات) .

(٢) نقض مدني ٩ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٤٨٧ ص ٩٨٧ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٨ رقم ١٨ ورقم ١٩) . وانظر أيضاً نقض مدني ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٢٩ ص ١٨٤ - ٢٥ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥ ص ٩٧ . وقد استند هذا القضاء إلى أن الشركة كانت ترمي إلى إنشاء حي جميل صحي، وكانت لا تعمل لمصلحتها فحسب ، بل كانت تعمل بوجه خاص لمصلحة جماعة المشترين . ومن المؤكد أن المشترين كانوا يتمتعون عن الشراء لو كانوا يعلمون أن هذه القيود قد قررت فقط لمصلحة البائعة ، وأن حق المطالبة بتنفيذ هذه الشروط لا يكون إلا لشركة وحدها ، وهي الشركة التي إذا تم الفرض الذي من أجله قد انشئت لا بد أن تنقضي عاجلاً أو آجلاً . فالقصد المشترك لجميع المتعاقدين الداخليين في كل المشتريات التي تمت في تلك المنطقة ، وهو ترتيب حقوق ارتفاق متبادلة فيما بينهم ، مستفاد نعمتنا وبطريقة يقينية من الظروف التي أدت إلى الاتفاقات التي تمت ، وكذلك من مجموع

وقد حسم التقنين المدني الجديد هذا الخلاف كما قدمنا ، فقرر في المادة ١٠١٨ مدني سائلة الذكر أن الأصل في هذه القيود والاشتراطات أن تكون حقوق ارتفاق على كل عقار لفائدة المقارات الأخرى ، وذلك مالم يقض الاتفاق بغيره . فهناك إذن قرينة قانونية على أن هذه القيود والاشتراطات هي حقوق ارتفاق ، ولكنها قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس . وتكون الشركة البائعة قد رتبت حقوق ارتفاق على كل قطعة من الأرض لفائدة جميع القطع الأخرى . ففي بيع أول قطعة من هذه القطع ، انفقت الشركة مع المشتري على ترتيب حقوق الارتفاق هذه على القطعة المبيعة لفائدة جميع القطع الأخرى التي لم تباعها ولا تزال مملوكة لها ، كما رتبت حقوق الارتفاق نفسها على هذه القطع لفائدة القطعة المبيعة . ثم لما باعت القطعة الثانية وهي من ضمن القطع التي تقرر لها وعليها حقوق الارتفاق ، باعتها للمشتري بما لها وعليها من حقوق الارتفاق هذه . ويمكن القول أيضاً بأن الشركة قد اشترطت على كل مشتري باعته له قطعة من الأرض ، لمصلحة جميع الذين سبقوه والذين سيتلون ، حقوق الارتفاق التي نصحتها هذه الاشتراطات والقيود ^(١) . وعلى هذا النحو أصبحت كل قطعة محملة بحقوق ارتفاق لفائدة كل قطعة من القطع الأخرى ، وأصبح لها في الوقت ذاته نفس حقوق

المقود المديدة المتشابهة التي أبرمت عن هذه المنطقة وكلها بإذع مطبوعة ذات صيغة واحدة ، وكذا من العرف الجاري في مثل هذه الأحوال . ولا يقبل القول بأن هذه الاشتراطات إنما هي نهديات شخصية ، إذ لو كانت كذلك لما صلحت لتحقيق الفرض المقصود ، ولأدت إلى تجريد مالك الأرض أياً كان من كل سلاح للدفاع عن حقه ، ولجعلته تحت رحمة البائع الذي قد لا تكون له مصلحة في وقت ما في طلب الإزالة ، وهذه النتيجة التي لا يمكن التسليم بها تكفي لدلالة على فساد هذه النظرية (محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٧٣) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « تعتبر قيود البناء هذه حقوق ارتفاق لفائدة المقارات المجاورة ، وقد تكون مقررة في قالب الاشتراط لمصلحة الغير . ومهما يكن من أمر ، فإن لأصحاب المقارات المجاورة أن يطالبوا صاحب المقار المرتفق به بهذا الحق . وفي هذا تيسيط للموضوع ، دون حاجة للاتجاه إلى نظرية الاستخلاف فيها إذا كيفت هذه القيود بأنها التزامات شخصية تنتقل إلى الخلف الخاص » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣١) .

الارتفاع على كل قطعة من هذه القطع (١). ويترتب على ذلك عكس النتائج التي استخلصناها من تكييف الشروط بأنها التزامات شخصية ، ويخلص من تطبيق المادة ١٠١٨ مدني سائلة الذكر النتائج الآتية (٢) :

أولاً - لما كانت كل قطعة محملة بحقوق الارتفاع المشترطة ، فإن أى مشتر ، وقد اشترطت هذه الارتفاعات لمصلحة قطعه ، يستطيع أن يطالب أى مشتر آخر بتنفيذ هذه الارتفاعات ، ولا يحتكر البائع وحده حق المطالبة بتنفيذها .

ثانياً - ويستطيع أى مشتر أن يطالب بتنفيذ الارتفاعات ، ليس فحسب أى مشتر لقطعة أخرى ، بل أيضاً المشتري من هذا المشتري ، وكذلك المشتري من المشتري الثاني ، وهكذا مهما تعاقب المشترون . ذلك بأن كل قطعة تنتقل من مشتر إلى آخر محملة بحقوق الارتفاع لفائدة أية قطعة من القطع الأخرى . وكذلك يستطيع مشتر من المشتري ، والمشتري الذي يخلفه مهما تعاقب المشترون ، أن يطالب بتنفيذ الارتفاعات أى مالك لقطعة أخرى ، ذلك بأن كل قطعة تنتقل من مشتر إلى آخر بما لها من حقوق الارتفاع المقررة على أية قطعة من القطع الأخرى .

(١) وقد سائر التقنين المدني الجديد بهذا النص الحكم الذي كان راجعاً في عهد التقنين المدني السابق ، والذي أخذت به محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد استعرض الشروط الواردة بمقد البيع الأصل الصادر من الشركة المطعون فيها ، وما نص عليه في قائمة الشروط الملحقة به من وجوب ترك منطقة فضاء تفرس بالنباتات بمرض ستة أمتار ، ومن أن هذا القيد يعتبر حق ارتفاع منقول لقطعة الأرض المبيعة ، وأنه في حالة مخالفة المشتري لهذا القيد يكون للشركة الحق في هدم ما يجريه المشتري في هذه المنطقة الممنوع فيها البناء . ثم أشار الحكم إلى أن الشارع فيما استحدثه من نصوص المادة ١٠١٨ من القانون المدني الجديد قد أقر اعتبار هذه القيود التي تحد من حق المالك في البناء حقوق ارتفاع ، فإن هذا الذي قرره الحكم المطعون فيه لا يفيد أنه قد طبق القانون الجديد على واقعة الدعوى ، وإنما يدل على أن القانون الجديد قد تلاق مع القانون القديم في تكييف هذه القيود والاشتراطات . ومن ثم يكون النعى عليه بالخطأ في تطبيق القانون ، لإعماله أحكام القانون المدني الجديد على نزاع نشأ عن تعاقد أبرم قبل العمل به ، في غير محله (نقض مدني ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٢٩ ص ١٨٤ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٥ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥ ص ٩٧) .

(٢) انظر عبد المنعم البدرأوى فقرة ٢٩٠ - فقرة ٢٩١ - اساميل غانم ص ٢٨ .

ثالثاً - تجوز المطالبة بتنفيذ الارتفاقات تنفيذاً عينياً ، فإذا أقيم بناء مخالف لما تقرر في هذه الارتفاقات ، جازت المطالبة بهدمه على نفقة من أقامه ، وبالتعويض إن كان له مقتض . ومع ذلك يجوز للقاضي الاقتصاد على الحكم بالتعويض دون الهدم ، إذا رأى من ظروف القضية ما يبرر ذلك ، كأن كان البناء ضخماً قد تكلف نفقات كثيرة وكانت المخالفة يسيرة . لم ينجم عنها ضرر كبير . وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٠١٨ مدني فيما رأينا : « وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة باصلاحها عيناً ، ومع ذلك يجوز الاقتصاد على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك »^(١) وقد طبق المشرع بهذا النص ، في نطاق الحقوق العينية ، مبدأ سبق أن قرره في نطاق الحقوق الشخصية ، إذ نص في المادة ٢/٢٠٣ مدني في صدد التنفيذ العيني للحقوق الشخصية : « على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاباً للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض تقديري ، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً »^(٢) .

رابعاً - لا يجوز للبائع أن يؤثر مشترياً على مشتري آخر ، فيعفيه من الشروط المقررة أو من بعضها . ذلك بأن كل قطعة قد أصبحت ، على النحو الذي قدمناه ، مقرراً لها أو عليها حقوق الارتفاق التي تتضمنها هذه الشروط .

(١) وهذا أمر تقديري يترك لقاضي الموضوع . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بالزام الطاعن بإزالة المباني التي استحدثها في المنطقة المخطورة البناء عليها ، فإنه لا يجدي تمسكه بنص الفقرة الثانية من المادة ١٠١٨ من القانون المدني الجديد ، طالما أن هذا النص يجعل الحكم بالإزالة أو التعويض أمراً تقديرياً لمحكم الموضوع . وإذا كان الحكم المطعون فيه قرر أن الطاعن لا يناله من الحكم بالإزالة إرهاباً أو ضرر جسيم ، فإن هذا يفيد أن اشركة المطعون عليها لم تكن متصفة في طلب الإزالة (نقض مدني ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٢٩ ص ١٨٤) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « والأصل المطالبة بتنفيذ هذه القيود عيناً ، ولكن قد يترتب على فلك إرهاباً صاحب المقار المرتفق به ، إذا طلب منه إزالة بناء ضمن أقامه مخالفاً لما فرض عليه من القيود . فيجوز في هذه الحالة الاكتفاء بالتعويض ، إذا وجد القاضي أن هذا جزاء عادل فيه الكفاية . وقد سبق أن قرر المشروع ... هذه القاعدة في تنفيذ الالتزام إذا كان في التنفيذ العيني إرهاباً للمدين ، والآن ينتقل المشروع بالقاعدة من دائرة الحق الشخصي إلى دائرة الحق العيني (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣١) .

فلا يجوز باتفاق بين البائع وأحد المشترين ، دون موافقة الباقي ، الإغفاء من هذه الحقوق كلها أو بعضها . وإنما يجوز ، إذا الف ملاك الأراضي مخالفة الشروط ودرجوا على ذلك مددا طويلة ، أن يفسر ذلك على أنه نزول ضمنى منهم عن حقوق الارتفاق ، أو على أن هذه الحقوق قد انتهت بعدم الاستعمال (١) .

المبحث الثاني

تخصيص المالك الأصلي

(Destination du père de famille)

٥٧٦ - نص قانوني : تنص المادة ١٠١٧ مدني على ما يأتي :

١ - « يجوز في الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضا بتخصيص من المالك الأصلي » .

٢ - « ويكون هناك تخصيص من المالك الأصلي ، إذا تبين بأي طريق من طرق الإثبات أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة ،

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس في القانون ما يمنع التنازل عن حقوق الارتفاق هذه من يملك التنازل عنها ، سواء كان التنازل صريحا أو ضمنيا إذا لم يشترط القانون لتحقيقه صورة معينة . فقي استخلصت محكمة الموضوع هذا التنازل ، ولو كان ضمنيا ، استخلاصا سائقا من وقائع تؤدي إليه ، فلا عقب على حكمها في ذلك لتعلقه بأمر موضوعي . ولا يميز القانون الحكم بالتعويض طبقا لفقرة الثانية من المادة ١٠١٨ مدني إلا في الأحوال التي يجوز فيها المطالبة بالإصلاح الفرضي الناتج عن مخالفة القيود المفروضة عينا ، والتي ترى فيها المحكمة أن في الحكم بالإصلاح عينا إرهابا لصاحب العقار المرتفع به . وإذن فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أنه لا حق للطلبين في طلب الإصلاح عينا لتنازلهما وبغيرهما من أصحاب العقارات التي فرضت لمصلحتها تلك القيود فيها ، فإن رفض طلب التعويض لا يكون مخالفا للقانون (نقض مدني ٢٥ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥ ص ٩٧) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان الجار الملاصق ، بعد أن أهمل عدد كبير من سكان الحي أو أغلب سكانه مراعاة القيود ، قد ارتكب هو أيضا مخالفتين ، فإن جاره يعذر إذا اعتقد أن الجار المخالف قد انضم إلى من سبقوه في إهمال تلك الحقوق المتبادلة والتنازل عنها . فقي يمه وارتكب مخالفة أيضا ولو من جنس آخر ، لأن العبارة يوقوع المخالفات لا يتوهمها . وإزالة ذلك الجار للمخالفين التين وقتا منه قيا يمه لا يقيده ، بعد أن ترتب لجاره حق اعتبار أن حقوق الارتفاق قد زالت وبني منزله فلا (استئناف مصر ١٢ أبريل سنة ١٩٤٢ المجلد ٢٣ رقم ٥٠ من ٩١) .

فأشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لملك مختلفين . ففي هذه الحالة إذا انتقل العقاران إلى أيدي ملك مختلفين دون تغيير في حالتهما ، عد الارتفاق مرتبا بين العقارين لهما وعليهما ، ما لم يكن عمة شرط صريح يخالف ذلك » (١) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق : ولكن الحكم كان معمولا به دون نص (٢) .

وبقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ١٠٢٠ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٧٣ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٣) .

٥٧٧ - كيف يترتب من الارتفاق إخضاع المالك لأصل وعلى أي

أساس يقوم : ويتبين من نص المادة ١٠١٧ مدني سالف الذكر أن حق الارتفاق

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٨٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدي قد اشتمل في الفقرة الثانية على كلمة « بناء » فذكر أن « مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما بناء أو علامة ظاهرة أخرى » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١١٠١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٩٨ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت كلمة « بناء » « لأن العلامة الظاهرة التي تدل على حق الارتفاق تشمل البناء ، وقد يكون التخصيص بالبناء أكثر مما يمتد إليه قصد المشرع » ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١٠١٧ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٧ - ص ١٣٠) .

(٢) التقنين المدني السابق - أحكام قضائية تؤيد النص : نقض مدني ٢٤ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٤٢ ص ٨١ - استئناف مصر ٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧١ ص ٧٥٤ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٩٦ ص ١٢٤ - استئناف مخطوط ١٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٤ - ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٣١ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨١ - أول أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣١٩ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٣ - ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٨٠ - ٢٣ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٦٤ - ١٣ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨٧ - ولكن قارن استئناف مخطوط ٧ يونيو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٤١ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ١٠٢٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٧٣ (مطابق - وقد

ورد في نص التقنين العراقي كلمة « بناء ») .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

الظاهر يترتب بتخصيص المالك الأصلي ، إذا كان هذا المالك يملك عقارين منفصلين ، وقد جعل أحدهما يخدم الآخر كما لو كان على العقار الأول حق ارتفاق لفائدة العقار الآخر ، وجعل لهذه الخدمة علامة ظاهرة . وإلى هنا لا يمكن أن يقوم حق ارتفاق لأن العقارين مملوكان للمالك واحد (*nemini res sua servit*) ، ولكن إذا أصبح العقاران مملوكين للمالكين مختلفين ، مع بقاءهما على هذا الوضع ، فإن المفروض أن هذين المالكين المختلفين باستبقائهما هذا الوضع قد أرادا أن يبرز حق الارتفاق إلى الوجود . وقد كان هذا الحق كامنا (*servitude causale*) في الوضع السابق للعقارين ، وكان يعطله عن الظهور أن العقارين مملوكان للمالك واحد . أما وقد أصبحا مملوكين للمالكين مختلفين ، فلم يعد هناك ما يمنع من ظهور حق الارتفاق ، فبنشأ هذا الحق (*servitude formelle, véritable*) من وقت اختلاف المالك .

فإذا كان شخص يملك أرضاً وقد بنى في وسطها متراً لفتح فيه مطلات تطل على الأرض من جميع جوانبها ، فانه يكون بذلك قد خصص كل جانب من الأرض لخدمة المتزل بفتح هذه المطلات . فإذا باع جانباً من هذه الأرض والمطلات مفتوحة عليها في غير المسافة القانونية ، فإن المشتري ، بارتضائه الشراء والأرض على هذا الوضع ، يكون قد ارتضى ضمناً أن يبرز إلى الوجود حق الارتفاق بالمطل الذي كان كامناً . فيكون للمتزل حق ارتفاق بالمطل على الجانب المبيع من الأرض ، وقد نشأ هذا الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي ، أي بالوضع السابق الذي هيأه المالك الأصلي وارتضى به المشتري دون أن يعترض . وإذا كان شخص يملك قطعة أرض متجاورتين في إحداها مسقاة ، وقد حفر قناة تأخذ المياه من المسقاة وتوصلها إلى القطعة الأخرى لربها ، فانه يكون بذلك قد خصص قطعة الأرض التي فيها المسقاة لخدمة القطعة الأخرى . فإذا باع القطعة الأولى وهي على هذا الوضع بالنسبة إلى القطعة الأخرى ، فإن المشتري ، بارتضائه الشراء والقطعة على هذا الوضع ، يكون قد ارتضى ضمناً أن يبرز إلى الوجود حق الارتفاق بالشرب الذي كان كامناً . فيكون للقطعة الأخرى التي استبقاها المالك حق ارتفاق بالشرب على القطعة

الأولى التي باعها ، وقد نشأ هذا الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي ، أى بالوضع السابق الذى هياه المالك الأصلي وارتضى به المشتري دون أن يعترض . وإذا كان شخص يملك منزلا ويملك قطعة أرض قضاء مجاورة للمنزل ، وقد عبد طريقا في هذه الأرض يمر منه سكان المنزل ليصلوا إلى الطريق العام ، ورصف هذا الطريق أو حدده بعلامات ظاهرة ، فانه يكون بذلك قد خصص الأرض لخدمة المنزل ، بشقه طريقا في الأرض وجعله مخصصا للمرور . فاذا باع الأرض وهى على هذا الوضع بالنسبة إلى المنزل ، فان المشتري ، بارتضائه الشراء والأرض على هذا الوضع ، يكون قد ارتضى ضمنا أن يبرز إلى الوجود حق الارتفاق بالمرور الذى كان كامنا . فيكون للمنزل حق ارتفاق بالمرور على الأرض ، وقد نشأ هذا الاتفاق بتخصيص المالك الأصلي ، أى بالوضع السابق الذى هياه المالك الأصلي وارتضى به المشتري دون أن يعترض (١) .

ويخلص من الفروض التي قدمناها أن حق الارتفاق الذى ينشأ بتخصيص المالك الأصلي ، إنما ينشأ بموجب اتفاق ضمني بين المالكين المختلفين للعقارين منذ أن أصبح العقاران مملوكين للمالكين مختلفين . فيكون الأساس الذى يقوم عليه الارتفاق في هذه الحالة ، أى سبب نشوء حق الارتفاق ، هو هذا الاتفاق الضمني . والاتفاق الضمني ليس إلا عقدا ، أى تصرفا قانونيا ، فالارتفاق الذى ينشأ بتخصيص المالك الأصلي إنما ينشأ بموجب تصرف قانوني (٢) . ولذلك جعلنا الكلام في تخصيص المالك الأصلي يعقب مباشرة الكلام في التصرف القانوني كسبب لكسب حق الارتفاق (٣) .

(١) ومن هنا كانت إرادة المالك الأصل هي البارزة ، وقد أقرت بها قبول مفترض من جانب المشتري (عبد النعم البدواي فقرة ٣٠٠) .
هذا وإنشاء حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي لم يكن معروفا في القانون الروماني . وبدأ في القانون الفرنسي القديم ، بأن أقره بعض العادات القديمة في فرنسا (مازو فقرة ١٧٢١ ص ١٣٥٦) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٦ ص ٩٤٠ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا المعنى : « ويدخل في الاتفاق الضمني لكسب حق الارتفاق ما يسمى بتخصيص المالك الأصل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٩) .

٥٧٨ - الشروط الواجب توافرها لترتيب الميراث في بعض الممالك

الأصلي : ويتبين أيضا مما قدمناه أن هناك شروطا أربعة يجب توافرها حتى يترتب الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي : (١) وجود عقارين مملوكين للمالك واحد . (٢) جعل هذا المالك الواحد أحد العقارين يخدم بالفعل العقار الآخر . (٣) وضع علامة ظاهرة لذلك . (٤) صبرورة العقارين مملوكين للمالكين مختلفين . فتي توافرت هذه الشروط ، نشأ حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي ، وعدم مرتبا لأحد العقارين على العقار الآخر (١) .

وهذه الشروط الأربعة كلها وقائع مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ولا تشترط الكتابة لإثباتها . فمن يدعى أن حق ارتفاق ترتب لفائدة عقاره على عقار آخر ، عليه أن يثبت توافر الشروط الأربعة التي تقدم ذكرها . وله أن يثبتها كلها بجميع طرق الإثبات ، ويدخل في ذلك البينة والقرائن . وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٠١٧ مدني في صدرها كما رأينا (٢) : « إذا تبين بأى طريق من طرق الإثبات ... » (٣) .

ونستعرض الآن الشروط الأربعة على التعاقب .

§ ١ - وجود عقارين مملوكين للمالك واحد

٥٧٩ - عقاراه منفصلونه للمالك واحد : وهذا هو الفرض الغالب ،

فيكون مالك واحد مالكا لعقارين منفصلين : أرضين منفصلتين ، أو بنائين منفصلين ، أو أرض وبناء . وليس من الضروري أن يكون هذان العقاران

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ١٠١٧ مدني تقضى بأن على من يتسلك بأنه اكتسب حق ارتفاق بتخصيص المالك الأصلي أن يثبت أن العقار المملوك له والعقار الذي يدعى أنه اكتسب حق ارتفاق عليه كانا مملوكين لمالك واحد ، وأنه في أثناء اجتراح ملكية العقارين أقام المالك الأصل علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تعتبر ارتفاقا ظاهرا لو أن العقارين كانا مملوكين لمالكين مختلفين ، وأن هذه العلاقة استمرت بين العقارين إلى ما بعد انفصال ملكيتهما . ، وذلك ما لم يتضمن التصرف الذي ترتب عليه انفصال ملكية العقارين شرطا صريحا يخالف ذلك (نقض مدني ٧ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ رقم ٤٨ ص ٣١٢) . وانظر مصر مستعجل ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٩ رقم ٣١٠ ص ٦٤٠ .

(٢) انظر آفة فقرة ٥٧٦ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التصديرية ٦ ص ١٢٩

متلاصقين ، وإن كان يظن أن يكون هناك تلاصق . فصح أن يكون أحد العقارين غير ملاصق للعقار الآخر ، ولكن المالك مع ذلك هيا أحدهما للخدمة الآخر للمرور مثلا (١) .

٥٨٠ - جزؤه من عقار واحد : وليس من الضروري أن يكون هناك

عقاران مستقلان منفصل كل منهما عن الآخر ، بل يصح أن يكون هناك عقار واحد ينجزه مالكة إلى قسمين ، ويهيء أحد القسمين لخدمة القسم الآخر . فإذا كان شخص يملك أرضا زراعية واسعة ، وقد أنشأ في جانب منها مسقا لرى كل الأرض ، ثم باع الجزء من الأرض الذى لا توجد فيه المسقا ، جاز للمشتري أن يتمسك بنشوء حتى ارتفاع بالشرب للجزء الذى اشتراه مصلوه تخصيص المالك الأصل . ذلك أن مالك الأرض ، عندما جزأها على هذا النحو وهى كلها تروى من مسقا واحدة ، يكون قد خصص الجزء الذى فيه المسقا لخدمة الجزء الآخر . ويكون فى حكم من يملك عقارين منفصلين خصص أحدهما لخدمة الآخر ، وللمشتري أن يتمسك بهذا التخصيص فيكون للجزء الذى اشتراه حتى ارتفاع بالشرب على الجزء الآخر ، ما دام المالك لم ينص صراحة فى عقد البيع على غير ذلك (٢) .

§ ٢ - جيل المالك الواحد أهم العقارين يخدم بالفعل العقار الآخر

٥٨١ - جعل أهم العقارين فى وضع يخدم فيه بالفعل العقار الآخر :

ويجب أن يقوم بين العقارين (أو بين جزأى العقار) وضع يستفاد منه فى وضوح أن أحدهما يخدم الآخر فعلا . فيجعل أحدهما على نحو نهائى ودائم يتحمل تكليفا معينا لفائدة العقار الآخر ، بحيث أن الارتفاع ، وإن لم يبرز وجوده بعد من الناحية القانونية بسبب اتحاد المالك ، يكون مؤديا لمهمته الاقتصادية تأدية تامة (٣) . ففتح مظل لأحد العقارين على العقار الآخر فى غير المسافة القانونية يوفر للارتفاع فضلا أن يؤدى مهمته الاقتصادية على وجه كامل نهائى

(١) بلانيول وريير وبيكار ٣ ققرة ٩٦٧ - مازو ققرة ١٧٢١ ص ١٣٥٦ - نقض

فرنسى ٧ يولي سنة ١٩٣٧ سريه ١٩٣٧ - ١ - ٢٩٥ .

(٢) أوبرى ورو ٣ ققرة ٢٥٢ ص ١١٧ - بودرى وشوفو ققرة ١١١٦ - بلانيول

وريير وبيكار ٣ ققرة ٩٦٧ .

(٣) بلانيول وريير وبيكار ٣ ققرة ٩٦٨ ص ٩٤٧ .

دائم . وإن لم يكن للارتفاق وجود قانوني بعد . وأخذ المياه بواسطة قناة من مسقاه موجودة في أحد العقارين لرى العقار الآخر يجعل هذا العقار الآخر متمتعا بالفعل بارتفاق الشرب ، وإن لم يتمتع به قانونا بعد . وتعييد طريق ورصفه في أحد العقارين لخدمة العقار الآخر يجعل هذا العقار الآخر متمتعا بالفعل بارتفاق المرور ، وإن لم يوجد هذا الارتفاق قانونا بسبب اتحاد المالك . وفي جميع هذه الفروض يظهر في جلاء ووضوح أن المالك أراد على وجه لا يحتمل الشك إخضاع أحد العقارين لخدمة العقار الآخر خدمة نهائية دائمة ، بحيث أنه لو لا اتحاد المالك لكان هناك ارتفاق قانوني مكان هذا الارتفاق الفعلي . وهو الآن كامن (*à l'état latent, servitude causale*) في الوضع القائم ما بين العقارين ، ولا ينتظر إلا أن يختلف المالك لكل من العقارين حتى يبرز ويصبح ارتفاقا قانونيا (*servitude formelle, véritable*) بعد أن تكاملت له أسبابه .

ويترتب على ما تقدم أنه إذا كان الوضع الفعلي للعقارين لا يستفاد منه على سبيل اليقين أن المالك الأصلي أراد إخضاع أحد العقارين لخدمة العقار الآخر على وجه مستقر نهائي دائم ، فإن الشرط لا يتوافر ، ولا يعود هناك محل للقول بنشوء حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي . فاذا تبين مثلا أن المالك الأصلي إنما قصد بالوضع الذي أنشأه فيما بين العقارين توفير أسباب الرفاهة لنفسه أو الوفاء بحاجة شخصية له ، ولم يقصد إخضاع أحد العقارين لخدمة العقار الآخر على سبيل الارتفاق الدائم ، لم يكن هذا كافيا للقول بتوافر هذا الشرط . فقد يكون المالك قد أنشأ ممرا بين مترلين يملكهما ويسكنهما معا لتيسر التنقل من مترل إلى آخر ، أو يكون قد أنشأ ساحة للألعاب الرياضية في الأرض التي يملكها مجاورة لمترله لاستعماله الشخصي هو وذويه ، أو يكون قد أنشأ ممرا في الأرض التي يملكها مجاورة لمترله ليغير منه إلى محل عمله الشخصي . فلا يكون في هذه الأوضاع ما يستفاد منه أنه قصد إخضاع أحد العقارين لخدمة الآخر على وجه دائم ، إذ أن الظاهر أنه إنما قصد استيفاء خدمة شخصية لنفسه لا للعقار (١) ، وعلى نحو موقت لا على نحو دائم . وقاضى الموضوع هو الذي

بيت ، دون رقابة عليه من هيكمة النقض ، فيما إذا كان الوضع الذى أنشأه المالك قد قصد به خدمة شخصية مؤقتة ، أو قصد به إخضاع أحد العقارين لخدمة العقار على وجه دائم (١) .

٥٨٢ - المالك الأصلي للعقارين هو الذى أنشأ الوضع الفعلي القائم : ويجب أن يكون المالك الأصلي للعقارين هو الذى أنشأ الوضع الفعلي القائم ، أو فى القليل يكون قد استبقاه كما هو بعد أن تلقاه قائما . ويتحقق الفرض الأخير فيما إذا سبق للعقارين أن كانا مملوكين بالكيين مختلفين ، وكان حق ارتفاق مقررا لأحدهما على الآخر ، ثم أصبحا مملوكين للمالك واحد فزال حق الارتفاق بانحاد النمة ، ومع ذلك استبقى المالك الجديد الوضع الفعلي للارتفاق قائما كما كان (٢) .

فاذا كان الذى أنشأ الوضع الفعلي ليس هو المالك للعقارين ، أو نائب عنه مفوض فى ذلك ، بل أنشأه مستأجر للعقارين أو صاحب حق انتفاع على كل منهما ، فليس هذا بتخصيص المالك الأصلي ، لأن المالك الأصلي وحده هو الذى يملك إنشاء وضع يترتب عليه نشوء حق ارتفاق على أحد العقارين لفائدة العقار الآخر . وهو وحده الذى يمثل مصلحة كل من العقارين (٣) . وإذا كان الذى أنشأ الوضع الفعلي هو المالك للعقارين ، ولكنه كان يملك أحدهما أو كليهما بسبب قابل للقسح أو للإبطال أو للنقض ، ثم فسخت ملكيته أو أبطلت أو نقضت ، فإن الأثر الرجعى لزوال ملكيته على هذا الوجه يجعله غير مالك للعقار أو للعقارين معا وقت أن أنشأ الوضع الفعلي القائم ، ومن ثم لا يمتد بهذا الوضع (٤) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٩٦٨ ص ٩٤٨ .

(٢) ويتحقق أيضا فيما إذا كان الذى أنشأ الوضع الفعلي ليس هو المالك ، بل كان مستأجرا أو كان صاحب حق انتفاع ، ثم رجع العقاران إلى حيازة المالك فاستبقى الوضع الفعلي القائم كما هو .

(٣) بودرى وشوفو ققرة ١١١٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٩٦٩ - إسماعيل

فانم ص ٣٤ .

(٤) بودرى وشوفو ققرة ١١١٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٩٦٩ - إسماعيل

فانم ص ٣٤ .

وإذا كان هناك عقاران مملوكان على الشيوع لشريكين ، وكان الشريكان هما اللذان أنشأ الوضع الفعلي القائم ، ثم حصلت القسمة فاختص كل من الشريكين بعقار ، لم يعتد بالوضع الفعلي الذي أنشأه وقت أن كانا مالكين على الشيوع فإن الأثر الرجعي للقسمة جعل كلا منهما غير مالك للعقار الذي لم يختص به وقت انشاء الوضع الفعلي ، فلم ينشأ هذا الوضع مالك واحد للعقارين معاً . والذي كان يملك إنشاء الوضع الفعلي في هذه الحالة هو المالك الأصلي للعقارين معاً ، قبل أن تنتقل ملكيتهما إلى الشريكين على الشيوع (١) .

٣٤ - وضع عمود ظاهرة تكشف عن الوضع الفعلي

٥٨٣ - **الارتفاع الظاهر وعمده هو الزى يكسب بتخصيص المالك الأصلي**
ولا يكسب بتخصيص المالك الأصلي إلا حق الارتفاق الظاهر ، وتنص الفقرة الأولى من المادة ١٠١٧ مدني على ذلك صراحة ، كما رأينا (٢) ، إذ تقول : « يجوز في الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضاً بتخصيص من المالك الأصلي . والارتفاق الظاهر هو ، كما قدمنا (٣) ، ارتفاق ينشأ عن وجوده أعمال خارجية كباب أو نافذة أو مجرى .

ولما كان يشترط أن يكون الارتفاق الذي يكسب بتخصيص المالك الأصلي ارتفاعاً ظاهراً كما قدمنا ، أي أن تكون له علامة ظاهرة ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠١٧ مدني صراحة ، كما رأينا (٤) ، على أن « يكون هناك تخصيص من المالك الأصلي ، إذا تبين ... أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة ... » . فالارتفاق لا ينشأ بتخصيص المالك الأصلي إلا إذا كانت له علامة ظاهرة ، كنافذة يفتحها المالك الأصلي في حائط أحد العقارين في غير المسافة القانونية لتطل على العقار الآخر فتكون النافذة علامة ظاهرة على الارتفاق بالمطل ، وكفتاة يحفرها لتجرى فيها مياه مسقاة منشأة في أحد العقارين لتروى العقار الآخر فتكون القناة علامة ظاهرة على الارتفاق بالشرب ،

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٩ - وقارن اسماعيل غانم ص ٣٤ .

(٢) انظر آتفاً فقرة ٥٧٦ .

(٣) انظر آتفاً فقرة ٥٥٥ .

(٤) انظر آتفاً فقرة ٥٧٦ .

وكطريق معبد مرصوف في أحد العقارين ليكون ممرا للعقار الآخر فيكون هذا الطريق المعبد المرصوف علامة ظاهرة على الارتفاق بالمرور .

٥٨٤ - وجوب بقاء العمارة الظاهرة إلى وقت أنه يملك العقارين

مالماله مختلفاه : ولا تكفي إقامة العلامة الظاهرة على النحو الذي قدمناه ، بل يجب أيضا أن تبقى هذه العلامة إلى الوقت الذي ينشأ فيه حق الارتفاق قانونا بأن يملك العقارين مالكان مختلفان . ذلك بأن حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي إنما يقوم : كما قدمنا (١) ، على أساس أن هناك اتفاقا ضمنيا بين المالكين للعقارين على إنشاء هذا الحق ، وأن العلامة الظاهرة على الوضع الفعلي الذي ترتب عليه حق الارتفاق هي الشاهدة على وجود هذا الاتفاق الضمني . فقد رأها مالك العقار المرتفق به ظاهرة أمامه ، واستخلص من ظهورها مغزاها ، ولم يعترض على ذلك ، فهو إذن قد رضى رضاه ضمنيا بنشوء حق ارتفاق على عقاره . ولا يسلم هذا المنطق إلا إذا كانت العلامة الظاهرة ظلت باقية إلى الوقت الذي انتقلت فيه ملكية العقار المرتفق به إلى مالك هذا العقار . فبقيت ماثلة أمامه ، ولم يبد اعتراضا على ما يستخلص من بقائها قاعة (٢) .

٥٨٥ - يكفي أنه يكون الارتفاق ظاهرا ولا يشترط أنه يكون مستمرا :

وكل ما يتطلبه التقنين المدني المصري الجديد ، لكسب الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي ، أن يكون الارتفاق ظاهرا على النحو الذي قدمناه . ولا يشترط إلى جانب ذلك أن يكون مستمرا (٣) . أما التقنين المدني الفرنسي فيشتمل على نصين . أحدهما يتطلب في الارتفاق أن يكون مستمرا ظاهرا حتى يكسب بتخصيص المالك الأصلي ، والآخر لا يشترط في الارتفاق إلا أن يكون ظاهرا حتى يمكن كسبه بهذا السبب . فقد نصت المادة ٦٩٢ مدني فرنسي على أن « تخصيص المالك الأصلي يكون سببا لكسب الارتفاقات المستمرة الظاهرة » .

(١) انظر آتفاقرة ٥٧٧ .

(٢) بلانويول وريير وبيكار ٣ ققرة ٩٦٨ ص ٩٤٨ .

(٣) وكان القضاء ، في عهد التقنين المدني السابق ، يشترط الظهور والاستمرار (استئناف غخلط ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٣١ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨١ - أول أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣١٩) .

ثم نصت المادة ٦٩٤ مدني فرنسي على أنه « إذا تصرف مالك العقارين ، الذين تقوم بينهما علامة ظاهرة على حق ارتفاق ، في أحد هذين العقارين دون أن يرد في العقد اتفاق في شأن حق الارتفاق ، فإن الارتفاق يستمر موجوداً إيجاباً أو سلباً ، لفائدة العقار المتصرف فيه أو على العقار المتصرف فيه » (١). ولم ينقل التقنين المدني المصري الجديد عن التقنين المدني الفرنسي هذين النصين المتعارضين . بل اكتفى بنص واحد هو المادة ١٠١٧ مدني ، وهي لا تتكلم إلا عن الارتفاق الظاهر ، فيجوز كسبه بتخصيص المالك الأصلي سواء كان مستمراً أو غير مستمر . فلا يوجد إذن فرق ، في التقنين المدني المصري الجديد ، بين الارتفاق المستمر والارتفاق غير المستمر ، فكلاهما يكسب بتخصيص المالك الأصلي ما دام ارتفاقاً ظاهراً .

٥٨٦ - الارتفاق السلبى لا يكسب بتخصيص المالك الأصلي : ولما كان

يشترط في كسب الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي أن يكون الارتفاق ظاهراً كما قلنا ، فإنه يخلص من ذلك أن الارتفاق السلبى لا يجوز كسبه بهذا السبب . ذلك بأن الارتفاق السلبى يكون دائماً ارتفاقاً غير ظاهراً كما سبق القول (٢) ،

(١) وقد اختلفت الآراء ، في الفقه الفرنسي ، في الطريقة التي يمكن بها التوفيق بين نصين النصين المتعارضين . والرأى الذى رجح في كل من القضاء والفقه في فرنسا هو أن الارتفاق المستمر الظاهر يكسب بتخصيص المالك الأصلي ، دون حاجة إلى تقديم السند الذى فصل ما بين ملكية العقارين . إذ يفترض ، بفضل استمرار الارتفاق وظهوره ، أنه باق بعد انفصال ما بين ملكية العقارين ، وأنه لم يرد في السند الذى فصل ما بين ملكية العقارين نص يخالف ذلك . فإذا تمسك ذو المصلحة بأن النص المخالف موجود في السند ، فليس هو أن يثبت ذلك . لما الارتفاق الظاهر غير المستمر فإنه يكسب أيضاً بتخصيص المالك الأصل ، ولكن بشرط تقديم السند الذى يفصل ما بين ملكية العقارين وإثبات أنه لم يرد في هذا السند نص يخالف . ذلك أن الارتفاق الظاهر غير المستمر أضعف في قوة الاستقرار من الارتفاق الظاهر المستمر ، فلزم تقديم السند الذى يفصل ما بين ملكية العقارين لتثبيت من عدم نفيه للارتفاق ، فيكون في عدم النفي إقرار ضمني لهذا الحق . انظر في هذه المسألة أوبري ورو ٣ ققرة ٢٥٢ ص ١١٩ - ص ١٢٠ وهانش ٩ - بودري وشوفو ققرة ١١٢١ - ققرة ١١٢٤ - بلانيول وريبير ويكار ٣ ققرة ٩٧٢ - ققرة ٩٧٤ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ ققرة ٣٧٥٣ - كولان وكاييتان كدى لاموراندنيير ١ ققرة ١١٢٢ - مازو ققرة ١٧٢١ ص ١٣٥٧ - ص ١٣٥٨ - مارتق ورينو ققرة ١٥٧ ص ١٧٦ - كاربونيه ص ١٧٨ - ١٧٩ .

(٢) انظر آنفاً ققرة ٥٥٦ .

ولا يمكن أن توجد له علامة ظاهرة . ومن ثم لا يجوز كسبه بتخصيص المالك الأصلي .

وعلى ذلك لا يجوز أن يكسب بتخصيص المالك الأصلي حق الارتفاق بعدم البناء ، وحق الارتفاق بعدم تعلية البناء لأزيد من ارتفاع معين ، وحق الارتفاق بعدم البناء في أزيد من مساحة رقعة معينة ، وحق الارتفاق بالرؤية ، وحق الارتفاق بعدم الحفر للكشف عن المياه الجوفية ، وغير ذلك من حقوق الارتفاق السلبية (١) :

§ ٤ ضرورة العقارين مملوكين للمالكين مختلفين

٥٨٧ - كيف يصير العقاران مملوكين للمالكين مختلفين : بمجرد أن يصير العقاران ، وقد كانا مملوكين للمالك واحد كما قدمنا ، مملوكين للمالكين مختلفين ، ينشأ حق الارتفاق على أحد العقارين لفائدة العقار الآخر . ويكون سبب نشوئه هو تخصيص المالك الأصلي (٢) . وقد رضى بهذا التخصيص ، المالك الآخر الذي تعاقد مع المالك الأصلي ، أو المالكان المختلفان اللذان تعاقدتا مع المالك الأصلي . والرضا ضمني لأن أحدا منهما لم يعترض على هذا التخصيص ، مع ظهوره ومع أنه قاطع في أن المقصود هو إنشاء هذا الارتفاق . وقد قدمنا (٣) . أن تخصيص المالك الأصلي يقوم في أساسه على اتفاق ضمني ، فينشأ حق الارتفاق بموجب هذا الاتفاق ، أي بموجب تصرف قانوني .

ويصير العقاران مملوكين للمالكين مختلفين ، فينشأ حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي ، إذا انتقلت ملكية أحد العقارين لشخص غير المالك الأصلي ، أو انتقلت ملكية كل من العقارين لشخصين مختلفين ، وذلك بأي سبب من

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٧٠ .

(٢) وقد قضى بأن علاقة التبعية التي أوجدتها المالك بين العقارين لا تشكل ارتفاعاً بالمعنى القانوني إلا عند ما يصبح العقاران مملوكين لشخصين مختلفين ، ومن هذا الوقت فقط . أما قبل ذلك فإن هذه العلاقة ، وإن كانت تقوم فعلاً ، لا تعتبر ارتفاعاً وذلك لما يتطلبه القانون في أن يكون مرتباً على عقار لفائدة عقار آخر يملكه شخص آخر (نقض مدق ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢١٨ ص ١٣٩٣) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٧٧ .

أسباب انتقال الملكية (١). فيجوز أن ينقل المالك الأصلي ملكية أحد العقارين (أو ملكية جزء من أجزاء العقار الواحد) لشخص آخر بعقد معاوضة، كالبيع والمقايضة والوفاء بمقابل، أو بتصرف تبرعى، كالهبة الوصية. ففي جميع هذه الأحوال يصير العقاران مملوكين للمالكين مختلفين، المالك الأصلي والشخص الذى انتقلت إليه ملكية العقار الآخر. بل يجوز أن تنتقل ملكية أحد العقارين لشخص آخر عن طريق نزع الملكية جبراً للمنفعة العامة، أو عن طريق بيعه في المزاد الجبرى تنفيذاً لدين في ذمة المالك الأصلي (٢). ويجوز أخيراً أن تنتقل ملكية أحد العقارين لشخص آخر عن طريق الشفعة، أو عن طريق التقادم المكسب (٣).

ويجوز كذلك أن ينقل المالك الأصلي ملكية العقارين معاً إلى مالكين مختلفين، إما بعقد معاوضة كالبيع والمقايضة والوفاء بمقابل، أو بتصرف تبرعى كالهبة والوصية. وكذلك يصير العقاران مملوكين للمالكين مختلفين إذا مات المالك الأصلي واقتسمت الورثة تركته، فأل العقاران بموجب الميراث والقسمة إلى وارثين كل منهما يختص بعقار من العقارين (٤).

٥٨٨ - عدم نشوء حق الارتفاق عند وجود شرط صريح يقضى بعدم

نشوئه : وقد رأينا (٥) أن العبارة الأخيرة من المادة ١٠١٧/٢ ملغى تقضى : عند انتقال العقارين إلى مالكين مختلفين، بنشوء حق الارتفاق « ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك ». والشرط الصريح الذى يقضى بعدم نشوء حق الارتفاق يكون موجوداً في السند الذى جعل العقارين مملوكين للمالكين مختلفين، كالبيع أو الهبة أو الوصية أو شروط البيع بالمزاد الجبرى أو غير ذلك

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٢٢ ص ٨١٨ - بودرى وشوفو فقرة ١١١٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٠.

(٢) نقض فرنسى ١٩ يونيو سنة ١٨٦١ سيريه ٦٣ - ١ - ١٣٣ - ١٠ نوفمبر سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ - ١ - ١٧٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٠.

(٣) انظر في كسب ملكية أحد العقارين بالتقادم المكسب : أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٢ ص ١١٨ - بودرى وشوفو فقرة ١١١٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٠.

(٤) نقض فرنسى ٢٧ مارس سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٦ - ١ - ٢٣٩ - ٢٢ أغسطس سنة ١٨٨٢ سيريه ٨٣ - ١ - ١٢٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٠.

(٥) انظر آنفاً فقرة ٥٧٦.

من الأسباب التي جعلت أحد العقارين مملوكا للمالك الآخر ، أو جعلت العقارين معا مملوكين للمالكين مختلفين ، على النحو الذي بسطناه فيما تقدم (١) .

فاذا كان هناك عقاران مملوكان للمالك واحد ، وعبد المالك في أحدهما الطريق طريقا ورصفه ليكون ممرا للعقار الآخر ، ثم باع العقار الذي انشأ فيه الطريق المعبد المرصوف لشخص آخر ، فقد قدمنا أنه بهذا البيع ينشأ حق ارتفاق بالمرور على العقار المبيع لفائدة العقار الذي استبقاه المالك الأصلي . وليس على المالك الأصلي ، لإثبات نشوء حق الارتفاق لفائدة العقار الذي استبقاه ، أن يفعل أكثر من أن يطلب الرجوع إلى وضع العقارين أحدهما بالنسبة إلى الآخر ، وإلى وجود علامة ظاهرة لحق المرور هي هذا الطريق المعبد المرصوف . فاذا أنكر عليه المشتري للعقار الآخر نشوء حق الارتفاق ، فعلى هذا المشتري أن يقدم عقد البيع ، وأن يثبت أنه قد ورد في هذا العقد شرط صريح يقضي بأنه لا يعتد بهذه العلامة الظاهرة ، وأن المشتري قد اشترى العقار خاليا من حق ارتفاق بالمرور لفائدة العقار الذي استبقاه المالك الأصلي . فاذا لم يقدم المشتري عقد البيع ، أو قدمه ولم يكن فيه هذا الشرط الصريح السالف الذكر ، سلم للمالك الأصلي دعواه من نشوء حق ارتفاق بالمرور على العقار المبيع لفائدة العقار الذي استبقاه . وسكوت عقد البيع عن علامة الطريق الظاهرة ، وعدم تعرضه لنفي دلالتها من وجود حق ارتفاق بالمرور ، إقرار من المشتري بأنه قبل قبولاً ضمناً بنشوء حق الارتفاق . وكذلك يكون الحكم لو أن حق الارتفاق الذي نشأ بتخصيص المالك الأصلي هو حق ارتفاق بالمطل ، وقد دلت عليه علامة ظاهرة هي فتح نافذة في غير المسافة القانونية . فاذا أراد المشتري للعقار المرتفق به نفي وجود هذا الارتفاق ، فعليه أن يقدم عقد البيع ، وأن يثبت أنه قد ورد في هذا العقد شرط ينفي وجود ارتفاق بالمطل . ونرى من ذلك أنه سواء كان الارتفاق الذي نشأ بتخصيص المالك الأصلي ارتفاقا ظاهرا غير مستمر كحق المرور ، أو ارتفاقا ظاهرا مستمرا كحق المطل ، فإن الحكم واحد . ففي الحالتين لا يكلف المالك الأصلي بتقديم عقد البيع ، ويبقى على دعواه من نشوء حق ارتفاق بالمرور أو بالمطل ، إلى أن يقدم

المشترى عقد البيع ويثبت أنه قد ورد في هذا العقد شرط صريح مخالف لنشوء حق الارتفاق . وقد قدمنا أن نص المادة ١٠١٧ مدني لا يفرق في هذا الحكم بين الارتفاق الظاهر المستمر والارتفاق الظاهر غير المستمر (١) .

المبحث الثالث

التقادم المكسب

(Prescription acquisitive)

٥٨٩- المسائل التي يثيرها كسب من الارتفاق بالتقادم : يتركب حق الارتفاق بالتقادم مسائل ثلاثا : (١) حقوق الارتفاق التي يجوز كسبها بالتقادم . (٢) حيازة حق الارتفاق التي تؤدي إلى كسبه بالتقادم . (٣) مدة التقادم .

١٨- حقوق الارتفاق التي يجوز كسبها بالتقادم

٥٩٠- وجوب أنه يكون من الارتفاق ظاهرا متى يجوز كسبه بالتقادم : قدمنا (٢) أن الفقرة الثانية من المادة ١٠١٦ مدني تنص على ما يأتي : « ولا يكسب بالتقادم الا الارتفاقات الظاهرة ، بما فيها حق المرور » . ويؤخذ من هذا النص أنه لا يجوز كسب الارتفاق بالتقادم إلا إذا كان ارتفاقا ظاهرا . وينبغي على ذلك ما يأتي : (١) حق الارتفاق غير الظاهر لا يجوز كسبه بالتقادم . (٢) حق الارتفاق الظاهر المستمر يجوز كسبه بالتقادم . (٣) حق الارتفاق الظاهر غير المستمر يجوز أيضا كسبه بالتقادم . يضاف إلى ما تقدم أنه كما يجوز كسب حق الارتفاق الظاهر : مستمرا كان أو غير مستمر ، بالتقادم . يجوز أيضا أن يكسب بالتقادم طريقة استعمال حق الارتفاق الظاهر .

(١) أما التقنين المدني الفرنسي فيفرق بين الحالتين ، إذ تقضي المادة ٦٩٢ منه بأن المالك الأصل لا يحمل عبء الإثبات ولا يكلف بتقديم عقد البيع في حالة الارتفاق الظاهر المستمر ، في حين أن المادة ٦٩٤ منه تقضي في حالة الارتفاق الظاهر غير المستمر بتحميل المالك الأصل عبء الإثبات . وبتكليف تقديم عقد البيع لثبت أنه لم يرد فيه شرط صريح يعفي نشوء حق الارتفاق (انظر آنفاً فقرة ٥٨٥) .
(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٦٠ .

٥٩١ - من الارتفاق غير الظاهر لا يجوز كسبه بالتقادم :

حتى الارتفاق غير الظاهر هو ، كما قلنا^(١) ، ارتفاق ليست له علامة خارجية تنم عن وجوده . وذلك كالارتفاق بعدم البناء وكالارتفاق بالمرور إذ لم يكن للطريق الذى يباشر فيه هذا الحق معالم ظاهرة . ونرى من ذلك أن ظهور حتى الارتفاق له معنى خاص يختلف فيه عن ظهور الحيازة ، فقد تكون حيازة الارتفاق بالمرور ظاهرة إذا بوشر الارتفاق فى علانية على ملأ من الناس وبخاصة فى مواجهة مالك العقار المرتفق به ، ويكون الارتفاق بالمرور فى الوقت ذاته غير ظاهر إذ لم تكن للطريق معالم ظاهرة كما سبق القول .

وكان المنطق يقضى بأنه فيما يتعلق بالتقادم . وهو قائم على الحيازة ، لا يعتمد بالمعنى الخاص لظهور حتى الارتفاق ويكنى الوقوف عند المعنى العام لظهور الحيازة . فحق المرور مثلاً . مادام يباشر بطريقة علنية . يجوز كسبه بالتقادم إذا توافر فى الحيازة شرط الظهور . حتى لو لم يكن للطريق معالم ظاهرة فلم يكن الارتفاق ظاهراً بالمعنى الخاص . ولكن التقنين المبنى اشترط مع ذلك أن يكون حتى الارتفاق ظاهراً بالمعنى الخاص حتى يجوز كسبه بالتقادم ، ولم يكتف بظهور الحيازة بالمعنى العام . وعلى ذلك لا يجوز كسب حتى الارتفاق بالمرور بالتقادم إذ لم يكن للطريق معالم ظاهرة . حتى لو كانت حيازة الارتفاق ظاهرة وتباشر بطريقة علنية^(٢) . ويرجع السبب فى ذلك إلى أن التقنين المبنى الجديد ، لما أراد أن يخالف القاعدة التقليدية التى سار عليها التقنين المبنى الفرنسى فى اشتراط الاستمرار والظهور فى حتى الارتفاق حتى يمكن كسبه بالتقادم (انظر م ٦٩٠ مبنى فرنسى) . عدل عن شرط الاستمرار لما فيه من

(١) انظر آتفاً فقرة ٥٥٥ .

(٢) ولذلك يكون غير دقيق ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى . فقد جاء فيها ما يأتى : « واشترط فى كسب حتى الارتفاق بالتقادم ، أن يكون ظاهراً . وذلك حتى لا يشوب الحيازة عيب الخفاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٨) . وواضح أن هذه العبارة تجعل الخفاء فى الحيازة هو نفس عدم الظهور فى حتى الارتفاق . على ما بين الأمرين من تبين . هذا من الناحية التقليدية . على أنه المشرع المصرى قد أراد . على ما يظهر ، أن يجعل الظهور فى حيازة حتى الارتفاق يتسبب بوجود معالم ظاهرة ، وهكذا يجب أن يكون الظهور فى حيازة هذا الحق لأن الحق يقتضى ذلك ، كما سيجى . فى الفن .

صنعة متكلفة لا مبرر لها ولا يفسرها إلا تقاليد القانون الفرنسي القديم ^(١) ، ولكنه استبقى شرط الظهور . على أن اشتراط الظهور بمعناه الخاص في حق الارتفاق هو أيضا ، كاشتراط الاستمرار ، لا مبرر له ولا يفسره إلا تقاليد القانون الفرنسي القديم ^(٢) . ولكن التقنين المدني المصري الجديد استبقى مع ذلك شرط الظهور بمعناه الخاص في حق الارتفاق ، لأن حق الارتفاق ، حتى يجوز كسبه بالتقادم ، يحسن أن يكون من الظهور بحيث تكون له معالم ظاهرة ، فلا يكنى الظهور بمعناه العام في الحياة . فحق الارتفاق يقتضى لما فيه من دقة ولما قد ينطوى عليه من خفاء ، ظهورا أوضح . فلم يكن ظهور حيازة الارتفاق بهذا المعنى ، في نظر التقنين المدني المصري الجديد ، إلا تطبيقا خاصا للظهور في الحياة بمعناه العام ^(٣) .

٥٩٢ - مع الارتفاق الظاهر المستمر يجوز كسبه بالتقادم : فإذا توافر لحق الارتفاق شرط الظهور بالمعنى الخاص ، وتوافر إلى جانب ذلك شرط الاستمرار ، فلا شك في جواز كسبه بالتقادم ، كما هو الأمر في التقنين المدني الفرنسي (م ٦٩٠ مدني فرنسي) .

فإذا فتح شخص في حائط منزله مطلا على أقل من المسافة القانونية من حدود عقار جاره ، وظل هذا المثل مفتوحا المدة اللازمة لكسبه الحق بالتقادم ، فإنه يكسب بالتقادم حق الارتفاق بالمطل . ذلك بأن المطل ارتفاق ظاهر وعلامته الظاهرة هي هذه النافذة المفتوحة على ملك الجار ، وهو في الوقت ذاته ارتفاق مستمر لا يحتاج في مباشرته إلى عمل الإنسان كما قلنا في تعريف الارتفاق المستمر ^(٤) .

فإذا ما كسب صاحب العقار المرتفق بالتقادم حق الارتفاق بالمطل على النحو الذي قلنا ، كان له الحق في استبقاء مظهره مفتوحا على أقل من المسافة القانونية كما هو ، وليس للجار وهو صاحب العقار المرتفق به أن يعترض ،

(١) انظر بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٩٥٦ ص ٩٣٤ .

(٢) انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٩٥٦ .

(٣) قرب من هذا المعنى بودري وشوفو فقرة ١١٠٨ ص ٨٣٥ - وقارن شفيق فحات

فقرة ٢٣٧ هامش ٢ - عبد الممن البزاوي فقرة ٢٨٥

(٤) انظر آنفاً فقرة ٥٥٤ .

حتى لو كان المثل مفتوحاً في حائط على الخط الفاصل بين العقارين . بل ليس له في هذه الحالة أن يقيم حائطاً في ملكه إلا بعد أن يعتمد عن الخط الفاصل بمقدار المسافة القانونية ، وذلك حتى لا يسد المثل المكسوب بالتقادم (م ٨١٩ / ٢ مدني) . فاذا أقام الجار حائطاً في ملكه بعد ترك المسافة القانونية ، فإنه يجوز له أن يفتح في هذا الحائط مطلاً لأنه يكون مفتوحاً في هذه الحالة في حدود المسافة القانونية (١) . ويكسب صاحب المثل بالتقادم حق ارتفاق بالمطل في نطاق الحيازة التي كانت أساساً للتقادم . فن كسب بالتقادم حق المثل من نافذة واحدة ، لا يحق له أن يفتح نافذة أخرى . ومن كسب مطلاً في الطابق العلوى ، لا يحق له أن يفتح مطلاً في طابق أعلى أو في طابق أسفل . ومن كسب بالتقادم حق ارتفاق بالمطل ، إذا كان لا يستطيع أن يضيف إليه مطلاً آخر ، فإنه يستطيع أن يزيد في سعة المثل الذي كسبه بالتقادم ، لأن القانون لم يقيد سعة الفتحات . وإذا أنهى الحائط المفتوح فيه مطل كسب بالتقادم ، ثم أعيد بناؤه ، فإن حق المثل يرجع من جديد بنفس مداه دون زيادة . ولكن إذا بقي الحائط مهتماً مدة خمس عشرة سنة ، ثم أعيد بناؤه ، فإن حق المثل لا يرجع من جديد . لأنه يكون قد زال بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة (٢) .

٥٩٣ - من الارتفاق الظاهر غير المستمر يجوز أيضاً كسبه بالتقادم :
والثنين المدني المصرى الجديد : كما قدما (٣) ، لا يشترط في حق الارتفاق أن يكون مستمراً حتى يجوز كسبه بالتقادم ، وذلك خلافاً للثنين المدني الفرنسى الذى يوجب في حق الارتفاق حتى يجوز كسبه بالتقادم أن يكون مستمراً مطاوعة لتقاليد كان القانون الفرنسى القديم يجرى عليها (٤) . ولم ير المشرع (١) نقض مدني ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٦ رقم ٦ .
(٢) انظر في كل ذلك الوسيط ٨ فقرة ٤٧٨ ص ٧٨٤ - ص ٧٨٧ والمراجع والأحكام المشار إليها هناك .
(٣) انظر آتقاً فقرة ٥٩١ .

(٤) انظر انتقاداً للثنين المدني الفرنسى في هذه المسألة في بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥٦ ص ٩٣٥ - ص ٩٣٦ - وانظر كيف ذلل القضاء هذه الصعوبة ، فجعل ما يكسب بالتقادم ، ليس هو حق الارتفاق غير المستمر كحق المرور في طريق معين ، بل حق الملكية الكاملة لهذا الطريق : أوبري روى ٣ فقرة ٢٥١ ص ١١٣ - بودرى وشوفر فقرة ١١٠٩ - ١١٠٠

المصري الأخذ بهذه التقاليد التي لا مبرر لها ولا معنى للأخذ بها في مصر ، ومن ثم لم يشترط الاستمرار حتى يكسب الارتفاق بالتقادم . فتحق المرور ، وهو ارتفاق غير مستمر لأنه محتاج في استعماله لعمل الإنسان . يجوز كسبه بالتقادم في التقنين المدني المصري ما دام ارتفاقاً ظاهراً ، أى ما دام الطريق الذي يباشر فيه الارتفاق له معالم ظاهرة كما سبق القول . وقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٠١٦ ، كما رأينا (١) ، إذ تقول : « ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة ، بما فيها حق المرور » (٢) .

فحق المرور إذن يجوز كسبه بالتقادم (٣) ، ما دامت معالم الطريق ظاهرة

— بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥٧ — نقض فرنسي ٢١ يونيو سنة ١٩٢١ سيري ١٩٢٢ — ١ - ٣٦١ - ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٢٤ جازيت دي بوليه ١٩٢٤ - ٢ - ٦٩٥ - ٢١ يناير سنة ١٩٤٧ J.C.P. ١٩٤٧ - ٩٧٥٤ .

(١) انظر آتفاً فقرة ٥٦٠ وفترة ٥٩٠ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ولم يشترط الاستمرار بما له من معنى خاص في حقوق الارتفاق ، أى أن يكون الارتفاق غير محتاج في استعماله إلى عمل الإنسان . وبذلك أصبح جائزاً أن يملك حق المرور بالتقادم ، خلافاً لما يقضى به التقنين الفرنسي اتباعاً لقاعدة فرنسية تقليدية ، لا مبرر لها ولا معنى للأخذ بها في مصر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٨ - ص ٦٢٩) .

وكان القضاء في مصر ، في عهد التقنين السابق ، يشترط الظهور والاستمرار في حق الارتفاق لإمكان كسبه بالتقادم . وذلك دون سند من النصوص واتباعاً للتقنين الملغى الفرنسي (استئناف مخطط ٢١ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٧٥ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٦٨ - ٢١ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٤١ - ٢٨ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٠٠ - ١٨ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٧٨ - ٧ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠٩ - ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٩٩ - ١٣ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٠٣ - ٩ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠١ - ١٦ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٤ - ٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٣٨ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٠١ - ٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٢٨ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٥٢ - ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٢٨ - ١٥ يونيو سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١١) . فجاء التقنين المدني الجديد واضحاً في عدم اشتراط الاستمرار .

(٣) والمفروض هنا أن المقار المرتفق ليس محبوساً عن الطريق العام ، إذ لو كان محبوساً لكان من حق صاحبه أن يمر من الطريق المجاور طبقاً للشروط المقررة في حق المرور القانوني باعتباره قيدا على ملكية المقار المجاور ، ومن ثم لا تكون هناك حاجة إلى التقادم لكسب حق المرور في هذه الحالة إذ يكون الحق ثابتاً منذ البداية (انظر الوسيط ٨ فقرة ٤٦٥ وما بعدها) . لو يكون المقار المرتفق محبوساً عن الطريق العام ، ولكن صاحب هذا المقار يختار مراً له ، لا في المقار المجاور بقصد استعمال حق المرور القانوني ، بل في مقار آخر (انظر آتفاً نذ ٢٦٨) .

حتى يكون ارتفاعا ظاهرا كما قلنا . وغنى عن البيان أنه إذا لم يشترط استمرار حق الارتفاق بهذا المعنى الخاص في حقوق الارتفاق ، أى وجوب تدخل عمل الإنسان في استعماله ، فإن الاستمرار بالمعنى العام في الحيازة واجب حتى يكسب حق المرور بالتقادم . فيجب أن يكون صاحب العقار المرتفق مداوما على المرور في العقار المرتفق به ، وفي الطريق المعد لذلك وهو طريق ظاهر المعالم كما قلنا . فإذا كان المرور متقطعا غير منظم ، يستعمل بين القينة والقينة على فترات متباعدة دون أن يكون لها مواعيد محددة ، فإن المرور في هذه الحالة يحمل على أنه عمل من أعمال التسامح ، وأعمال التسامح لا تصلح أساسا لكسب الحق بالتقادم لانتفاء عنصر القصد في الحيازة ^(١) . وليس يلزم من ذلك أن حق المرور يجب استعماله باستمرار طول الوقت دون أن ينقطع ، فإن هذا أمر مستحيل فوق أنه لا ضرورة له . بل يكفي أن يستعمل حق المرور بطريقة منتظمة ، من وقت إلى آخر ، في المواعيد التي يحتاج فيها للمرور ، على أن يكون استعمال الحق على هذا النحو مضطرا غير منقطع ^(٢) .

٥٩٤ - طريقة استعمال حق الارتفاق الظاهر يجوز كسبها بالتقادم :

وكما يجوز كسب حق الارتفاق الظاهر بالتقادم ، يجوز أيضا أن يكسب بالتقادم طريقة استعماله . ذلك بأن طريقة الاستعمال فرع عن حق الارتفاق نفسه ، وإذا كان الأصل يجوز كسبه بالتقادم فأولى أن يجوز كسب الفرع بنفس السبب . فإذا كسب شخص بالاتفاق حق ارتفاع بالمطل على عقار جاره بفتح نافذة واحدة في طابق معين من منزله على مسافة أقل من المسافة القانونية ، جاز له إذا عدل طريقة استعمال الارتفاق ، أن يكسب بالتقادم طريقة الاستعمال المعدلة . فإذا فتح مثلا نافذة أخرى إلى جانب النافذة الأولى ، أو فتح نافذة أخرى في طابق أعلى أو أسفل ، واستمر على ذلك المدة اللازمة للتقادم ، فإنه

(١) انظر آتفاً فقرة ٢٦٨ .

(٢) وليس يلزم أن تكون العلاقة الظاهرة لحق الارتفاق الذي يكسب بالتقادم من عمل مالك العقار المرتفق نفسه ، فقد تكون من عمل الغير ويستبقيها مالك العقار المرتفق لحساب نفسه بعد أن يعلم بوجودها ، فيكون الارتفاق ظاهراً ويصح كسبه بالتقادم (بودوى وشوفو فقرة ١١٠١) .

يكسب بهذا السبب ما أدخله من التعديل على حق ارتفاقه الأصلي الذي كسبه بالاتفاق .

وإذا كسب بالاتفاق حق ارتفاق بالمرور في عقار جاره على أن يمر مترجلاً ، ثم أخذ يمر في عربة أو يمر وتمر معه مواشيه ، وبقي كذلك المدة اللازمة للتقادم ، فإنه يكسب بالتقادم ما أدخله من تعديل في استعمال حق ارتفاقه الأصلي انذى كسبه بالاتفاق . فيجوز له ، بعد تمام مدة التقادم ، أن يمر في عربة أو أن يمر مع مواشيه ، دون أن يكون لصاحب العقار المرتفق به حق الاعتراض على ذلك (١) .

٢٤ - حيازة من الارتفاق التي تؤدي إلى كسبه بالتقادم

٥٩٥ - الحيازة في من الارتفاق كالحيازة في الملكية : قدمنا (٢) أن الحيازة هي وضع مادي ينجم عن أن شخصاً يسيطر سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه ، أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق . ويستوى في ذلك حق الملكية ، وهو المقصود من السيطرة الفعلية على الشيء ، وغيره من الحقوق . والسيطرة الفعلية على الحق يكون باستعماله عن طريق أعمال مادية يقتضها مضمون هذا الحق . فإن كان حق ملكية ، اختلط الحق بالشيء محل الحق ، فيقال إن الشخص يسيطر سيطرة فعلية على الشيء نفسه محل الملكية . وإن كان حق ارتفاق ، فإن حيازته تكون باستعماله فعلاً ، فيمر الحائز في أرض الجار في الارتفاق بالمرور ، أو يفتح نافذة في حائطه على مسافة أقل من المسافة القانونية تطل على عقار جاره في الارتفاق بالمطل .

ومن ذلك نرى أن الشروط العامة للحيازة واحدة ، سواء كانت الحيازة واقعة على حق الملكية أو كانت واقعة على حق الارتفاق . فإن كانت واقعة على حق الارتفاق ، وجب ، حتى تؤدي إلى كسب هذا الحق بالتقادم ، أن تكون بوجه عام مستمرة ظاهرة هادئة غير غامضة .

(١) وفي فرنسا يجوز أن يكسب بالتقادم طريقة استعمال حق الارتفاق ، بشرط أن يكون الارتفاق مستمراً ظاهراً ، جرياً حل الأصل الذي ساروا عليه (بودي وشوفو فقرة ١١٠٢ - بلانجول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥٩) .
(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٥١ .

وكل ما قررناه في هذا الشأن ، عند الكلام في النظرية العامة للحيازة (١) ، ينطبق هنا في حيازة حق الارتفاق (٢) . وقد لاحظنا فيما تقدم أن هناك معنى خاصا لحق الارتفاق المستمر ولحق الارتفاق الظاهر ، وهذا المعنى غير مطلوب في الشرطين العامين للاستمرار والظهور في الحيازة . فقد تكون حيازة حق الارتفاق مستمرة مع أن حق الارتفاق نفسه غير مستمر ، والعبرة في هذه الحالة باستمرار الحيازة . فإذا كانت الحيازة مستمرة بالمعنى العام ، جاز كسب حق الارتفاق بالتقادم ، حتى لو كان هذا الحق غير مستمر بالمعنى الخاص ، وقد تقدم بيان ذلك . وكذلك الظهور في الحيازة ، غيره في حق الارتفاق ، ولكن هنا يطلب القانون الظهور بمعناه الخاص في حق الارتفاق ، أي أن يكون لهذا الحق معالم ظاهرة ، حتى تؤدي الحيازة إلى كسب حق الارتفاق بالتقادم . وقدما أن التقنين المدني الجديد يخلط ما بين الظهور في حق الارتفاق والظهور في الحيازة ، ويجعلهما شيئا واحدا هو الظهور في حق الارتفاق لاعتبارات عملية (٣) .

(١) انظر آتفاً فقرة ٢٧٣ وما بعدها .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن حقوق الارتفاق ، ومنها حق الشرب ، إنما يجوز اكتسابها بالتقادم إذا ما توافرت أركان وضع اليد المكسب للملكية . فإذا قضت المحكمة باكتساب حق الشرب بالتقادم ، وجب عليها أن تبين في حكمها العناصر الواقعية اللازمة لثبوته ، من وضع اليد وصفته وظهوره واستمراره طوال المدة المكسبة له ، حتى يترتب له كسب حق مراقبة صحة تطبيق القانون . فإذا كان الحكم الذي قضى بثبوت ذلك الحق خالياً من بيان العناصر الواقعية التي تفيد أن مدعيه كان يستعمل الفتحة المتنازع عليها لرى أرضه من مياه الراحة ، وأن استعمالها في هذا الغرض كان ظاهراً غير غامض ، ومستمر مدة خمس عشرة سنة ، فهذا يكون قصوراً في التبرير يبيحه ويستوجب نقضه (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٥ رقم ٤) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان المفهوم من الحكم أن النافذة التي قضى استثنائياً بتأييد الحكم الصادر بإعادة فتحها ، قد فتحها صاحبها في الدور الأرضي من منزله على مسافة بضعة سنتيمترات فقط من نهاية ملك جاره ، وأنه فتحها في فرصة تهدم سور الجار أمامها ، وأن الجار بعد ذلك قد أقام السور وزاد نصف متر في ارتفاعه حتى حجب النافذة كلها ، ومنع مجال النظر أمامها من أن يمتد إلى ما وراء السور كما كان من قبل ، فهذه الحالة لا يصح وصفها بأنها وضع يد لو استطلعت مدته لأكسبت صاحب اليد الحق الذي يدعيه ، وذلك لعدم انتفاء الإبهام الذي يكتنفها من ناحية تصرف صاحب النافذة وقت فتحها وبعده ، ولعدم تحقق وصف الهدوء وعدم التراجع من الجار (نقض مدني ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ نفس المجموعة جزء أول ص ١٦٥ رقم ٥) .

(٣) انظر آتفاً فقرة ٥٩١ .

وكذلك ما قررناه من وجوب توافر الحيابة على عنصرها المادى والمعنوى ينطبق هنا فى حيابة حق الارتفاق ، حتى تؤدى الحيابة إلى كسب هذا الحق بالتقادم ^(١) . ونقف . فى العصر المعنوى للحيابة ، عند ما سبق أن قررناه من انتهاء هذا العنصر فى أعمال التسامح (actes de simple tolérance) وفى اتيان الرخصة من المباحات (actes de pure faculté) ^(٢) ، لنعيد فى إيجاز ما قدمناه فى هذا الشأن مطبقا على حيابة حق الارتفاق .

٥٩٦ - أعمال التسامح فى حيابة حق الارتفاق لا تؤدى إلى كسب

بالتقادم : وأكثر ما ترد أعمال التسامح فى حيابة حق الارتفاق . فهى تتضمن حيابة مادية لحق الارتفاق ، أى أعمالا تعتبر استعمالا فعليا لهذا الحق . ولكن صاحب العقار المرتفق به لا يحمل هذه الأعمال على محمل الاعتداء على عقاره ، بل يكون قد رخص لجاره فى القيام بها ، ترخيصا صريحا ، أو ترخيصا ضمنيا بالسكوت عليها . فيكون هذا تسامحا منه نحو جاره ، محافظة منه على حسن الجوار . وكذلك الجار الذى يستعمل حق الارتفاق إنما يستعمله لا بقصد الاعتداء على ملك جاره . بل هو يستعمله بناء على هذا الترخيص الصريح أو الضمنى الصادر له من جاره . فتكون الحيابة هنا قد تجردت عن عنصرها المعنوى وهو عنصر القصد . ولذلك لا تقوم ، ومن ثم لا تؤدى إلى كسب حق الارتفاق بالتقادم . فإذا أقام الجار بناء فى الحد الفاصل بين أرضه وأرض جاره وكانت الأرض الأخيرة أرضا فضاء ، وفتح الجار نافذة فى الحائط المقام فى الحد الفاصل ، فيغلب أن يترك صاحب الأرض جاره يفتح المظل على سبيل التسامح ، لأن فتح المظل فى هذه الحالة لا يضايقه إذ أن أرضه فضاء فلا يضيره أن يفتح جاره مظلا عليها . وتكون حيابة صاحب المظل قائمة على تسامح من الجار ، فهى حيابة مجردة من العنصر المعنوى وهو عنصر القصد ، فلا يكسب حق ارتفاق بالمظل ولو بقى المظل مفتوحا خمس عشرة سنة أو أكثر . وإذا كانت الأرض غير محبوسة عن الطريق العام ، ولكن طناخها مر فى أرض الجار لأن المسافة منها إلى الطريق العام أقصر وأيسر ، وثبت أن الجار قد ترك

(١) انظر آتفاًقرة ٢٥٧ وما بعدها .

(٢) انظر آتفاًقرة ٢٦٨ .

جاره يمر في أرضه على سبيل التسامح . فعند ذلك تكون حيازة هذا الأخير لحق المرور حيازة مادية محضة مجردة من العنصر المعنوي وهو عنصر القصد . فلا يستطيع أن يكسب حق المرور بالتقادم ولو بقي يمر في أرض الجار خمس عشرة سنة أو أكثر .

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كانت الأعمال التى قام بها الجار قد تحملها منه جاره على سبيل التسامح . فلا تكسبه هذه الأعمال حق الارتفاق بالتقادم . وينظر القاضى في ذلك إلى مقدار ما تحدثه هذه الأعمال من مضايقات للجار . وإلى مقدار ما لهذا الجار من مصلحة في معارضة هذه الأعمال . فإذا لم تكن هذه الأعمال من شأنها أن تضايق الجار كثيرا ، وكان لهذا الجار مصلحة في عدم معارضتها حفاظا منه على حسن الجوار . ورعاية منه لما يقوم بينه وبين جاره من علاقة ود لا يبغي أن يعكر صفاءها ، أمكن أن يستخلص من كل ذلك أن الجار قد احتمل من جاره هذه الأعمال على سبيل التسامح . وأن هذا الأخير لم يحم بهذه الأعمال اعتداء على حق الجار ولكن لما آتته من روح التسامح عند هذا الجار (١) .

٥٩٧ - إثباته الرخصة من المباحات لا تؤدي إلى كسب حق ارتفاق

بالتقادم : وقدمنا (٢) . أن الفقرة الأولى من المادة ٩٤٩ مدني تنص على أنه لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات . لو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح .

والعمل الذى يأتيه الشخص على أنه رخصة من المباحات هو محض رخصة يأتيها ، وليس لأحد أن يمنعها . فلا هو في إثباتها حاز حق ارتفاق ولو محض حيازة مادية ، ولا هو من باب أولى توافر عنده قصد استعمال حق ارتفاق . ومن ثم لا تقوم الحيازة باتيان هذه الرخصة : لتخلف عنصرها المادى والمعنوى معاً . ففى حين أن أعمال التسامح يقوم بها العنصر المادى للحيازة دون عنصرها المعنوى ، إذا باتيان رخصة من المباحات لا تقوم به الحيازة أصلاً . لا في عنصرها المعنوى ولا في عنصرها المادى . فإذا فتح شخص مطلا مستوفياً لقيد المسافة .

(١) انظر في كل ما تقدم آنفاً فقرة ٢٦٨ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٦٨ .

فهو في ذلك إنما يستعمل رخصة في حدودها القانونية . ومن ثم يجوز لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطا في حدود ملكه ، لأن صاحب المثل لم يكسب حق ارتفاع قبل جاره بفتح المثل . إذ هو لم يأت في ذلك إلا برخصة من المباحات . وإذا أقام شخص حائطا على حدود ملكه ، وفتح في هذا الحائط منورا مستوفيا لشروطه ، فهو في فتحه للمنور إنما أتى رخصة من المباحات ولم يقصد من فتح المنور الاعتداء على حق لأحد ، ولم يقع فعلا أى اعتداء على حق لأحد . فلا تقوم له حيازة في هذه الحالة ، ولا يكسب حق ارتفاع قبل الجار . ويجوز للجار . حتى لو بقى المنور مفتوحا مدة خمس عشرة سنة أو أكثر . أن يقيم في حدود ملكه حائطا يسد به المنور . ولا يجوز لصاحب المنور أن يتمسك بأنه كسب حق فتح المنور بالتقادم . كذلك لو أصبح الحائط الذى فتح فيه المنور حائطا مشتركا ، فانه يجوز للجار الآخر أن يطلب سد المنور بعد أن أصبح الحائط مشتركا . ولا يجوز لصاحب المنور أن يقول إن المنور بقى مفتوحا خمس عشرة سنة فكسب حق ارتفاع بالتقادم . ونرى من كل ذلك أن إتيان رخصة من المباحات . كالقيام بعمل من أعمال التسامح ، لا تقوم به حيازة ، ولا يؤدي إلى كسب حق ارتفاع بالتقادم .

وجوز أن تغلب الأعمال التي يستعمل الشخص بواسطتها رخصة من المباحات ، أو التي يقوم بها على سبيل التسامح من الجار ، إلى أعمال حيازة صحيحة تتوافر فيها عناصر الحيازة المادية والمعنوية . فتغير صفة هذه الأعمال ، وبعد أن كانت أعمالا لا تقوم بها الحيازة . تصبح أعمالا تتم بها الحيازة فتصير صالحة لأن تؤدي إلى التقادم . مثل ذلك أن يأتي الجار الذي يستعمل الرخصة أو يقوم بأعمال التسامح بعمل مادي يعارض به حق المالك ، ويشعره بأنه إنما يجوز حق ارتفاع وأنه يقصد استعماله فتصبح حيازته لهذا الحق حيازة صحيحة قد توافر فيها العنصران المادي والمعنوي . فإذا فتح شخص منورا في الحائط القائم على حدود ملكه ، ولما أراد جاره أن يبني حائطا هو الآخر في حدود ملكه يسد المنور منعه الجار من ذلك . ورضخ جاره لهذا المنع ، فان هذا عمل مادي دل به الجار على أنه بفتح المنور لا يقصد أن يأتي رخصة من المباحات ، بل قصد أن يستعمل حق ارتفاع . ومن ثم إذا ظل على هذه الحال خمس عشرة

سنة ، كسب حق ارتفاق بالتقادم . ولم يستطع جاره أن يسد المنور ، وإذا أصبح الحائط المفتوح فيه المنور حائطا مشتركا لم يجز أيضا سد المنور فقد كسب الجار حق فتحه بالتقادم . وإذا عمد الجار الذي يمر في أرض جاره على سبيل التسامح إلى ترصيف المكان الذي يمر فيه وإلى إحاطته بسياج ليختص به وحده ، مما يقطع في أن نيته قد تحولت من القيام بعمل على سبيل التسامح إلى القيام بعمل من أعمال الحيازة الصحيحة التي توافر فيها عنصرها المادي والمعنوي ، واستدر الوضع على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة دون معارضة من الجار ، فإن الحيازة تنتج أثرها وتكسب صاحبها حق ارتفاق بالمرور (١) .

٣٥ - مدة التقادم

٥٩٨ - مدة التقادم في التقنين المرفى الفرنسي : لما كان حق الارتفاق عقارا ، وكان كسب العقار بالتقادم إما أن يكون بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير . فإن المادة ٦٩٠ مدنى فرنسى خرجت على هذه القاعدة العامة إذ جاءت بمدة لنوع التقادم الذى يكسب به حق الارتفاق ، فهي تقول : « الارتفاقات المستمرة الظاهرة تكسب بالسند أو بالحيازة مدة ثلاثين سنة » . وازاء هذا النص الصريح ، جرى القضاء والفقه فى فرنسا على أن حق الارتفاق لا يكسب إلا بالتقادم الطويل ، أى بحيازة تدوم ثلاثين سنة كما تصرح المادة ٦٩٠ مدنى فرنسى سالفه الذكر ، فحق الارتفاق إذن لا يكسب بالتقادم القصير أى بحيازة تدوم ما بين عشر سنوات وعشرين سنة (٢) . ويستند هذا الرأى ، إلى جانب صريح نص المادة ٦٩٠ مدنى فرنسى سالفه الذكر ، إلى الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الفرنسى ، حيث يصرح Malleville وهو أحد واضعى هذا التقنين بأنه « بالنسبة إلى كسب حقوق الارتفاق ، لا يقر

(١) انظر فى كل ذلك آنفاً فقرة ٢٦٨ .

(٢) نقض فرنسى ١٠ ديسمبر سنة ١٨٣٤ دالوز ٣٥ - ١ - ٦٥ - ٢٣ نولبر سنة ١٨٧٥ سريه ٧٦ - ١ - ١٠٣ - بيزانسون ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٧ - ٢ - ٢٠٨ - ديمولومب ١٢ فقرة ٧٨١ - لوران ٨ فقرة ١٩٤ - توليه ٣ فقرة ٦٣٠ - ماركاديه تحت المادة ٦٩٠ فقرة ٢ - ديمانت ٢ فقرة ٥٤٦ مكررة - أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥١ ص ١٠٩ وهنش ١ - بودرى وشوفو فقرة ١١١٣ .

التعنين المنفى من أنواع التقادم إلا التقادم الطويل ومدته ثلاثون سنة . هذا إلى حجة منطقية يضيفها أصحاب هذا الرأي ، فيقولون إن السبب في جواز كسب الملكية ذاتها بالتقادم القصير وعدم جواز كسب حق الارتفاق بهذا النوع من التقادم يرجع إلى أن حيازة الملكية أى حيازة الشيء محل الملكية ، أمر محسوس يمكن التثبت منه أكثر من التثبت من حيازة حق الارتفاق ، إذ أن حيازة حق الارتفاق تدق كثيرا ، فلم ير المشرع الفرنسى أعمال التقادم القصير بالنسبة إليها ، ولم يفسح المجال فيها إلا للتقادم الطويل (١) .

وينتقد جانب من الفقه الفرنسى هذا الرأي (٢) ، ويذهب إلى أن المادة ٦٩٠ مدنى فرنسى ، عندما قررت أن حق الارتفاق يكسب بالحيازة مدة ثلاثين سنة ، إنما أرادت أن تستبعد قاعدة كانت مقررة في القانون الفرنسى القديم (٣) ، وكانت تقضى بأن حق الارتفاق لا يكسب بالتقادم إلا إذا كان مصحوبا بسند . فأراد المشرع الفرنسى أن يعدل عن هذه القاعدة القديمة ، وأن يجعل حق الارتفاق يكسب بالتقادم كسائر الحقوق العينية ولو لم يكن مصحوبا بسند . ولم يمثّل وقت وضع المادة ٦٩٠ مدنى فرنسى إلا حالة ما إذا كان حائز العقار المرتفق به هو مالكة الحقيقي كما هو الغالب ، فقرر أن من يحوز حق ارتفاق على هذا العقار يتملكه بالحيازة مدة ثلاثين سنة ، وعنى بذلك أن حائز حق الارتفاق يتملك هذا الحق بالتقادم دون حاجة إلى سند . ولم يخطر على باله وقت وضع هذه المادة حالة التقادم القصير ، وهى حالة معقدة تقضى أن يكون حائز العقار المرتفق به هو غير مالكة الحقيقي وقد رتب على هذا العقار حق ارتفاق بموجب الاتفاق ، حتى يقال إنه أراد بنص المادة ٦٩٠ مدنى فرنسى استبعاد تملك حق العقار في هذه الحالة بالتقادم القصير . فللمادة ٦٩٠ مدنى فرنسى لا شأن لما إذن بنوع التقادم الذى يكسب به حق الارتفاق . وكل

(١) أوبرى ورو ٣٠٥١ فقرة ٢٥١ ص ١٠٩ هامش ١ - بودرى وشوفو فقرة ١١١٣

ص ٨٤٢ .

(٢) ديراتون ٥ فقرة ٥٩٣ - ترولون في التقادم ٢ فقرة ٨٥٦ - بيدان ٤ فقرة ٧٦٤ -

بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٥ - بلانيول وريبير وبولانيه ١ فقرة ٣١٥٩ - جرسران ١٠ فقرة ١٩٩٦ - مازو فقرة ١٧٢٠ - وانظر مارتى ودينو فقرة ١٥٤ .

(٣) عادات باريس وأورليانس (coutumes de Paris et d'Orléans) .

ما أرادت أن تقول هو أن حق الارتفاق يكسب بالتقادم دون حاجة إلى سند. ولما كانت المادة ٢٦٥ مدنى فرنسى تقرر فى نص عام شامل أن العقار يكسب بالتقادم القصير إذا كان هناك سبب صحيح وأقرت الحيازة بحسن النية ، فإن حق الارتفاق كغيره من العقارات يدخل فى عموم هذا النص ، ويجوز أن يكسب هو الآخر بالتقادم القصير متى وجد السبب الصحيح وحسن النية . وإذا لم يكن هناك شك فى أن حق الملكية يكسب بالتقادم القصير . فكيف ينكر على حق الارتفاق ، وهو دون حق الملكية مرتبة . أن يملك هو أيضا بالتقادم القصير (١) .

٥٩٩ - صرة التقادم فى التقنين المدنى المصرى : أما فى التقنين المدنى المصرى ، فالمسألة لا تحتل أى خلاف . فإن الفقرة الثانية من المادة ١٠١٦ مدنى ، كما رأينا (٢) ، تنص على ما يأتى : « ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة ، بما فيها حق المرور » . فلم تنقل ما قرره المادة ٦٩٠ مدنى فرنسى من أن حق الارتفاق يكسب بالحيازة المدة الطويلة ، بل قررت أن حق الارتفاق الظاهر يكسب بالتقادم اطلاقا ، دون تمييز بين التقادم الطويل والتقادم القصير . فلم يعد هناك محل ، فى القانون المصرى . للوقوف فى كسب حق الارتفاق على التقادم الطويل دون التقادم القصير . بل يجب القول دون أى تردد أن حق الارتفاق ، فى القانون المصرى ، يكسب بالتقادم القصير كما يكسب بالتقادم الطويل . متى كان حق الارتفاق ظاهرا .

فحق الارتفاق الظاهر يكسب إذن بالتقادم الطويل ، أى بحيازة تدوم خمس عشرة سنة . فإذا حاز شخص على عقار جاره حق ارتفاق ظاهر ليس له كحق مطلق أو حق مرور . واستمر حائزا له مدة خمس عشرة سنة . وتوافرت فى الحيازة عنصراها المادى والمعنوى وكذلك توافرت شروطها .

(١) بيدان ٤ فقرة ٧٦٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٥ - بلانيول وريبير وپولانجيه ١ فقرة ٣٧٥٤ .

(٢) انظر آتفأ فقرة ٥٦٠ .

فان الحائز لحق الارتفاق يمتلك هذا الحق بالتقادم الطويل (١) .

وحق الارتفاق الظاهر يكسب أيضا بالتقادم القصير ، أى بحيازة تدوم خمس سنوات . فاذا كان حائز العقار المرتفق به لا يملكه ، سواء كان حائزا بحسن نية أو بسوء نية ، ورتب على العقار الذى يحوزه حق ارتفاق بالمطل أو حق ارتفاق بالمرور مثلا ، بموجب اتفاق بينه وبين مالك العقار المرتفق ، فان هذا الأخير لا يملك حق الارتفاق بهذا الاتفاق ، لأن الاتفاق صادر من غير مالك . ولكن إذا كان حسن النية أى يعتقد أنه تعاقد مع المالك ، وحاز حق الارتفاق حيازة مستوفية لعنصرها ولشرائطها ، وكان حق الارتفاق ظاهرا ، ودامت حيازته خمس سنوات ، فانه يمتلك حق الارتفاق بالتقادم القصير (٢) .

(١) وإذا كان العقار المرتفق به موقوفاً ، كانت مدة التقادم المكسب ثلاثا وثلاثين سنة (استئناف مصر ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٣٩ ص ٢٨٦ - استئناف مخطوط ٥ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٣٩) .

ولا بد من إثبات انقضاء مدة التقادم ، فلا يكفي القول بأن حق الارتفاق قائم منذ زمن بعيد ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اقتصر الحكم الصادر بثبوت حق الارتفاق بالرى من ترعة على القول بأنه تبين من تقرير الخبير أن « لأرض الوقف سواق ومرأوى تأخذ المياه من هذه التربة » ، وأن حالتها تدل على أنها عملت من زمن قديم جداً ، فحق الرى إذن من هذه التربة قد ثبت قانوناً لأرض الوقف منذ كانت هذه التربة مروى قبل أن توسعها الحكومة » ، فهذا الحكم يكون مشوباً بالقصور متعباً نقضه (نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى خمسة وعشرين عاماً جزء أول ص ١٦٩ رقم ٢٢) ، وانظر أيضاً نقض مدنى ١٤ مارس سنة ١٩٤٠ نفس المجموعة جزء أول ص ١٦٩ رقم ٢٤ . وقضت أيضاً بأنه إذا أسست المحكمة قضاها بثبوت حق الارتفاق على الحكم الصادر بمنع تعرض المدعى عليه للمدعى فى حق ارتفاق الرى ، مع أن هذا الحق لم يثبت بعد وكل ما أثبت الحكم المذكور هو مجرد حيازة ظاهرة على المسقى يحجبها القانون دون بحث فى أصل الحق من أساسه ، الأمر الذى كان يثبت معه على المحكمة مراعاة هذا الأساس . وإذ لم تفعل ولم تلق بالآ إلى مدى الفرق بينهما ، مما كان له أثر فى قضائها من حيث تحديد مدة التعرض وتقدير التمييز وتقويم عناصره وانسحاب أثر ذلك التقدير إلى بدء التعرض المدعى به وتحديد مقابله عن مدة سابقة مع منازعة المدعى عليه فى نشوء ملكيته فى تلك المدة ، فان حكمها يكون معدوم الأساس القانونى مما يستوجب نقضه (نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة جزء أول ص ١٦٩ رقم ٢٣) .

(٢) استئناف مخطوط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٢٢ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٠١ .

أما بالنسبة إلى حائز العقار المرتفق به ، فانه ، إذا كان حسن النية ولديه سبب صحيح ، يمتلك هذا العقار بالتقادم القصير . فلا يعود هناك محل فى هذه الحالة لحائز حق الارتفاق أن =

الفصل الثاني

الآثار التي تترتب على قيام حق الارتفاق

٦٠٠ - نص قانوني : تنص المادة ١٠١٩ مدني على ما يأتي :

« تخضع حقوق الارتفاق للقواعد المقررة في سند إنشائها ، ولما جرى به عرف الجهة ، وللأحكام الآتية » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٠ فقرة ١/٢ فقرة ٢. (٢)

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٢/٩٨٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ١٠٢٢ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٧٥ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٨٤ (٣) .

= يتمسك بالتقادم القصير ، لأن حائز العقار المرتفق به يكون قد تملك هذا العقار بالتقادم وذلك بأثر رجعي ، فيبين أنه وقت أن رتب حق الارتفاق على العقار كان يملكه ، فيرتب حق الارتفاق بالاتفاق لا بالتقادم . وإذا كان حائز العقار المرتفق به سء النية ، أو لم يكن لديه سبب صحيح ، فإنه لا يتمسك العقار إلا بالتقادم الطويل ، أي بمجازاة تقوم خمس عشرة سنة . وفي هذه الحالة وحدها يكون لحائز حق الارتفاق مصلحة في أن يتمسك بالتقادم القصير ، إذ أنه يتمسك حق الارتفاق بهذا التقادم قبل أن يتمسك حائز العقار المرتفق به هذا العقار بالتقادم الطويل ، فليس أمام حائز حق الارتفاق إذا أراد استبقاء هذا الحق إلا أن يتمسك بأنه قد تملكه بالتقادم القصير .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٣ - ص ٦٣٤) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٠ فقرة ثانية/١ فقرة ثانية : الارتفاق هو تكليف مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر أو لمنفعة الميرى ، وتنتج فيه شروط العقد الذي ترتب عليه وجود ذلك التكليف وعرف البلد . (وحكم التقنين المدني السابق لا يختلف في مجموعه عن حكم التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢/٩٨٧ : ويحدد استعمال هذه الارتفاقات ومداها بالسند الذي يحدتها ، وإذا لم يكن هناك سند فبالقواعد التالية . (والنص يوافق التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ١٠٢٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٧٥ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٨٤ : ويحدد

استعمال هذه الارتفاقات ومداها بالسند الذي يحدتها ، وإذا لم يكن هناك سند فبالقواعد التالية . (والنص يطابق نص التقنين السوري . والنص الأخير مأخوذ منه ، وهو موافق للتقنين المصري) .

ويخلص من هذا النص أن ما ينتج حق الارتفاق من آثار يبينه عادة سند إنشائه ، من عقد أو وصية . فإورد في العقد أو في الوصية في هذا الشأن يجب اتباعه ، لأن الإرادة هنا هي مصدر حق الارتفاق وهي التي تبين مداه وترسم حدوده . وإذا كان حق الارتفاق قد كسب بالتقادم ، فإنه يكتسب في نطاق الحياة التي كانت أساسا للتقادم . وإذا كسب هذا الحق بتخصيص المالك الأصلي ، فهذا التخصيص هو أساس الاتفاق الضمني الذي يقوم عليه هذا المصدر ، وهو الذي يعين مدى حق الارتفاق ويرسم حدوده كما في العقد والوصية .

وإلى جانب ذلك ، يجب مراعاة عرف الجهة ، فيما لا يتعارض مع ما تقدم .

ثم إن هناك أحكاما أوردتها القانون ، تكمل هذا وذاك فيما لا يتعارض معهما ، وهذه الأحكام هي التي تتولى بحثها هنا . وبعضها يبين آثار حق الارتفاق بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق ، وبعض آخر يبين هذه الآثار بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق به .

المبحث الأول

الآثار بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق

٦٠١ - مآلاته : يبحث هذه الآثار : (١) من حيث تحديد مدى حق الارتفاق واستعمال هذا الحق . (٢) ومن حيث الدعاوى الموجهة للمالك العقار المرتفق .

١٥ - تحديد مدى من استعمال هذا الحق

٦٠٢ - تحديد مدى من استعمال : قدمنا (١) أن مدى حق الارتفاق يتحدد تبعاً للسبب الذي أنشأ هذا الحق .

فإن كان سبب إنشائه العقد أو الوصية ، وجب الرجوع إلى ما يقرره السند في هذا الشأن . ويفسر القاضي إرادة المتعاقدين أو إرادة الموصي طبقاً للقواعد المقررة في تفسير الإرادة ، وهو في تفسيره لهذه الإرادة يبت في مسألة

(١) انظر آنفاًقرة ٦٠٠ .

موضوعية ، لا معقب عليه فيها من محكمة النقض (١) . ويراعى القاضى فى تفسيره للسند ، ليجدد مدى حق الارتفاق ، أن يوفق ما بين فائدة العقار المرتفق وبين إلقاء أقل عبء على "عقار المرتفق به" ، مع ملاحظة أن يكون التفسير فى مسائل حق الارتفاق تفسيراً ضيقاً (٢) .

وإن كان سبب إنشاء الارتفاق تخصيص المالك الأصلى ، فإن مدى حق الارتفاق يتحدد بهذا التخصيص ، وهو الذى وقع عليه الاتفاق الضمنى ما بين المالك الأصلى وصاحب العقار الآخر (٣) .

وإن كان سبب إنشاء الارتفاق التقادم ، فإن الحيابة التى كانت أساساً للتقادم هى التى تحدد مدى الارتفاق ، ويقدر ما حاز صاحب العقار المرتفق من حق الارتفاق حيازة مستوفية لعنصرها ولشرائطها يكون تحديد مدى حق الارتفاق الذى كسب بالتقادم (tantum prescriptum, quantum possessum) . فإذا كان صاحب العقار المرتفق قد كسب بالتقادم أن يفتح نافذتين على مسافة أقل من المسافة القانونية فى الطابق الأوسط من بنائه ، فهذا القدر يتحدد مدى حق ارتفاقه بالمطل ، وليس له أن يفتح إلى جانب النافذتين نافذة ثالثة ،

(١) نقض فرنسى ١١ مارس سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٦ - ١ - ٣٢٤ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٣١ دالوز ١٩٣١ - ١ - ١٠٥ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٥٩ دالوز ١٩٧٠ - ٢٠٨ .

(٢) بلانيول وريبير وييكار ٣ فقرة ٩٧٥ ص ٩٥٤ هامش ٢ - ولكن ذلك لا يمنع من أن تفسر عبارات القدر أو الوصية ، فى ارتفاق بالمطل رتبة هذا السند فى عبارات واسعة ، بأن هذه العبارة تنهى أن الارتفاق يغسل أيضاً ارتفاعاً بعدم البناء ولو فى حدود المسافة القانونية ، فيقلب الارتفاق بالمطل حل هذا النحو ارتفاعاً بالرؤية (بودرى وشوفو فقرة ١١٢٧ - بلانيول وريبير وييكار ٣ فقرة ٩٧٥ ص ٩٥٥ - نقض فرنسى ٢٩ يونيو سنة ١٨٩١ دالوز ٩٣ - ١ - ٣٩) . ويصح أيضاً أن يكون مالك العقار المرتفق قد وسع من حق الارتفاق مما كان عليه فى السند أو شق منه ، عن طريق التقادم المكسب أو من طريق عدم الاستعمال (بلانيول وريبير وييكار ٢ فقرة ٩٧٥ ص ٩٥٥ - مارك ورينو فقرة ١٢٨ ص ١٧٦ هامش ٦ - نقض فرنسى ٥ يناير سنة ١٩٥٤ دالوز ١٩٥٤ - ١٨٤ : يستد بالحيابة وتفسير السند)

(٣) بودرى وشوفو فقرة ١١٢٧ ص ٨٥٩ - بلانيول وريبير وييكار ٣ فقرة ٩٧٥ ص ٩٥٥ - نقض فرنسى ١٥ أبريل سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ١٤٩

ولا أن يسد نافذة من النافلتين ويفتح نافذة بدلاً منها في طابق أعلى أو في طابق أسفل (١).

ويلاحظ أنه في تحديد مدى حق الارتفاق ، أيا كان سبب إنشائه ، يجب أن يتضمن هذا الحق كل ما هو ضروري لاستعماله . وتنص المادة ٦٩٦ مدنى فرنسى في هذا المعنى على أنه « إذا رتب حق الارتفاق ، فالمفروض أنه يتضمن كل ما هو ضروري لاستعماله . فالارتفاق باعتراف المياه من عين للغير يتضمن بالضرورة حق المرور » (٢) . والارتفاق بالشرب قد يتضمن حق المحرى ، أى الحق في حفر مسقاة تجري منها المياه إلى الأرض المرتفعة . ويجب أن يكون الحق الذى يتضمنه الارتفاق ضروريا لاستعماله ، ولا يكفى أن يكون نافعا . فالارتفاق بالمحرى لا يتضمن ضرورة حق المرور ، حتى لو كان هذا الحق من شأنه أن ييسر استعمال حق الارتفاق (٣) . والارتفاق الإضافى يقيع الارتفاق الأصلى في مصيره ، فإذا انقضى الارتفاق الأصلى ولو بعدم استعمال انقضى تبعاً له الارتفاق الإضافى . وإذا لم يستعمل صاحب العقار المرتفق الارتفاق الأصلى المدة الكافية لزواله بعدم الاستعمال ، لم يمنع من زواله أن يستعمل صاحب العقار المرتفق الارتفاق الإضافى وحده (٤) .

٦٠٣ - مجزئة العقار المرتفق في نص قانونى : تنص المادة ١٠٢٤ مدنى .

على ما يأتى :

١٥ - إذا جرىء العقار المرتفق ، بقى الارتفاق مستحقاً لكل جزء منه ،

على ألا يزيد ذلك في العبء الواقع على العقار المرتفق به .

(١) أوبرى ودو ٣ ققرة ٢٥٣ ص ١٣٢ - بودرى وشوفو ققرة ١١٢٧ ص ٨٥٩ -

ورديير وييكار ٣ ققرة ٩٧٥ ص ٩٥٥ - نقض فرنسى ٤ يولية سنة ١٨٧٢ دالورز ٧٣ - ٣٥٦ - ١ .

(٢) أنظر أيضاً م ٩٨٨ مدنى سورى ، وم ٨٥ من قانون الملكية المقارية اللبناني .

(٣) أوبرى ودو ٣ ققرة ٢٥٣ ص ١٢٥ - بودرى وشوفو ققرة ١١٢٦ - بلانويل

ورديير وييكار ٣ ققرة ٩٧٦ ص ٩٥٦ .

(٤) أوبرى ودو ٣ ققرة ٢٥٣ ص ١٢٥ - بودرى وشوفو ققرة ١١٢٦ ص ٨٥٦ -

بلانويل ورديير وييكار ٣ ققرة ٩٧٦ - عبد النعم البدرولى ققرة ٣٠٦ .

٢ - غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يفيد في الواقع إلا جزءاً من هذه الأجزاء ، فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى (١) .

ونخلص من هذا النص أن مدى حق الارتفاق يبقى كما هو عند تجزئة العقار المرتفق . وتجزئة العقار تتم بطرق مختلفة . فيجوز أن تتم بقسمة العقار قسمة إفراد ، ونختص كل شريك بجزء مفروز ، وفي هذه الحالة يتعدد حق الارتفاق بتعدد الأجزاء المفروزة ، ويكون لكل جزء مفروز نفس حق الارتفاق على العقار المرتفق به ، ولكن بشرط ألا يترتب على ذلك أية زيادة في عبء حق الارتفاق الأصلي . وقد تتم تجزئة العقار بأن يباع جزء منه لأجنبي ، فيصبح العقار مجزأً إلى قسمين وفي هذه الحالة أيضاً يكون لكل جزء منهما نفس حق الارتفاق على العقار المرتفق به ، على ألا يترتب على ذلك أية زيادة في عبء حق الارتفاق . وقد تتم تجزئة العقار بأن يرثه أكثر من واحد ، وفي هذه الحالة يبقى حق الارتفاق كما هو ، ولكن يستعمله أشخاص متعددون دون أن يزيلوا في عبئه (٢) . ونرى من ذلك أنه في جميع الأحوال التي يتجزأ

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٥ من المشروع التمهيلي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٣ - ص ٦٤٤) .
ولامقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩٩١ :

١ - إذا جرى العقار المرتفق ، يبقى حق الارتفاق لكل جزء من أجزائه دون أن يزيد المبدأ من جراء ذلك على العقار المرتفق به . ٢ - تبقى حق المرور يتحتم على جميع الشركاء بالملك أن يستعملوه بنفس الوضع .

(والتقنين السوري يوافق التقنين المصري ، غير أنه لم يورد ما يقابل الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٤ مصري) .

التقنين المدني الليبي م ١٠٢٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٧٩ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٨٨ (مطابقة للمادة ٩٩١ سوري ، ونص المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

(٢) يودى وشوفو فقرة ١١٣٨ ص ٨٧٠ .

فيها العقار ، لا يتغير مدى حق الارتفاق ، حتى لو تجزأ إلى حقوق متعددة ، وحتى لو تعدد من يستعمله . والمهم هو ألا يترتب على تجزئة العقار زيادة في عبء حق الارتفاق ، كما تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ١٠٢٤ مدني سالفه الذكر : « على ألا يزيد ذلك في العبء الواقع على العقار المرتفق به » . فإذا كان مضمون حق الارتفاق هو أخذ كمية معينة من الرمل أو مقدار معين من الأحجار من الأرض المرتفق بها ، وتجزأ العقار على النحو الذي قلناه فتجزأ حق الارتفاق إلى حقوق متعددة أو تعدد مستعملوه ، لم يجوز أن يكون مجموع ما يؤخذ من الرمل أو من الأحجار من الأرض المرتفق بها بعد تجزئة العقار المرتفق أكثر مما كان يؤخذ قبل تجزئة هذا العقار . وإذا كان حق الارتفاق هو حق مرور من موضع معين من الأرض المرتفق بها ، وتجزأ العقار المرتفق ، فإن حق المرور بعد هذه التجزئة يجب أن يستعمل دائماً في هذا الموضع المعين دون أن يتعداه (١) .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٤ مدني سالفه الذكر على ما يأتي : « غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يفيد في الواقع إلا جزءاً من هذه الأجزاء ، فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى » . فإذا كان مضمون حق الارتفاق هو أخذ الكمية اللازمة من الأسمدة من الأرض المرتفق بها لتسميد كل الأرض المرتفقة ، ثم تجزأت هذه الأرض الأخيرة إلى جزأين متساويين ، فإن كل جزء يختص بنصف كمية الأسمدة التي كانت تؤخذ من قبل . فإذا كانت الأرض المرتفقة قد جزئت بين شريكين حتى يقيم أحدهما في الجزء الذي اختص به مصنعا ويستبقى الشريك الآخر أرضه مخصصة للزراعة كما كانت ، فإن حق الارتفاق يبقى بالنسبة إلى هذه الأرض الأخيرة فتأخذ من الأرض المرتفق بها نصف كمية الأسمدة التي كانت تؤخذ من قبل . أما الجزء الذي خصص لبناء المصنع فلم يعد في حاجة إلى السباد لأنه لم يبق

(١) وتنص المادة ٧٠٠ / ٢ مدني فرنسي صراحة على هذا الحكم فتقول : « فعلا إذا كان حق الارتفاق هو حق مرور ، فإن جميع الملاك في الشيوع أن يستعملوا هذا الحق في نفس الموضع » (بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٧ - وانظر فيما يتعلق بحق ائمة اف المياه بودري وشوفو فقرة ١١٢٨ ص ٨٧١) .

أرضاً زراعية ، فيكون للمالك العقار المرتفع به في هذه الحالة أن يطلب زوال حق الارتفاق بالنسبة إلى هذا الجزء (١) .

٦٠٤ - تجزئة العقار المرتفع به - نص قانوني : تنص المادة ١٠٢٥

مدني على ما يأتي :

١ - إذا جرى العقار المرتفع به ، بقي حق الارتفاق واقفاً على كل جزء منه .

٢ - غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يستعمل في الواقع على بعض هذه الأجزاء ولا يمكن أن يستعمل عليها ، فلذلك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذي يملكه (٢) .

ومخلص من هذا النص أن مدى حق الارتفاق يبقى كما هو عند تجزئة العقار المرتفع به ، كما رأينا به ، كما هو عند تجزئة العقار المرتفع . ويتم تجزئة العقار المرتفع به بالطرق نفسها التي تم بها تجزئة العقار المرتفع ، وقد بينا ذلك فيما تقدم (٣) .

فاذا جرى العقار المرتفع به ، صار كل جزء منه محملاً بنفس حق الارتفاق الذي كان العقار كله محملاً به من قبل . فاذا كان مضمون حق الارتفاق هو عدم البناء في الأرض المرتفع بها ، وجزئت هذه الأرض ، فإن كل جزء منها يكون محملاً بنفس حق الارتفاق وهو عدم البناء في هذا الجزء (٤) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠٩ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٥ - ص ٦٤٧) .

ولامقابل لنص في التفتين المدني السابق .

ويقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدني السوري لا مقابل .

التفتين المدني الليبي م ١٠٢٨ (مطابق) .

التفتين المدني العراقي م ١٢٨٠ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٣ .

(٤) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٩٧٧ .

وإذا كان مضمون حق الارتفاق هو أخذ كمية معينة من الأحجار من محجر هو العقار المرتفق به ، وجزئ هذا المحجر إلى ثلاثة أجزاء متساوية ، فإن كل جزء منه يكون محملاً بحق ارتفاق هو أن يؤخذ منه ثلث كمية الأحجار التي كانت تؤخذ من قبل من المحجر كله (١) .

وإذا كان حق الارتفاق لا يستعمل في الواقع ولا يمكن استعماله على بعض الأجزاء التي انقسم إليها العقار المرتفق به ، كما تقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٥ مدني سائلة الذكر ، فلذلك كل جزء من هذه الأجزاء التي لا يمكن استعمال حق الارتفاق عليها أن يطلب زوال حق الارتفاق عن الجزء الذي يملكه ، إذ يصبح حق الارتفاق على هذه الأجزاء في هذه الحالة غير ذي موضوع . فإذا كان حق الارتفاق هو حق مرور من موضع معين في الأرض المرتفق بها ، أو حق شرب من مسقة في الأرض المرتفق بها ، أو حق اغتراف المياه من عين في الأرض المرتفق بها ، أي كان حق الارتفاق بوجه عام مركزاً في مكان معين في الأرض المرتفق بها ، وتجزأت هذه الأرض ، فإن الجزء الذي يقع فيه مكان حق الارتفاق ، أي الجزء الذي يقع فيه طريق المرور أو المسقة أو العين ، هو وحده الذي يبقى محملاً بحق الارتفاق كاملاً كما كان من قبل تجزئة العقار المرتفق به . ولذلك كل جزء آخر من الأجزاء التي لا يقع فيها مكان حق الارتفاق أن يطلب زوال هذا الحق من الجزء الذي يملكه ، لأن الحق لا يستعمل ولا يمكن أن يستعمل في هذا الجزء (٢) . ويتفق ملاك الأجزاء المختلفة التي انقسم لها العقار المرتفق به فيما بينهم على تعويض مالك الجزء المرتفق به الذي يقع فيه مكان حق الارتفاق ، والذي تحمل وحده دون سائر الأجزاء عبء هذا الحق .

٦٠٥ - استعمال من الارتفاق - نص قانوني : تنص المادة ١٠٢٠ مدني

على ما يأتي :

(١) ديمولوب ١٢ فقرة ٩٠٨ - لوران ٨ فقرة ٢٨٤ - بلانيول وريبير ويكار

٣ فقرة ٩٧٧ - وقارن بودري وشوفو فقرة ١١٣٩ .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية

ص ٦٤٦ - وأنظر بودري وشوفو فقرة ١١٣٩ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٩٧٧ .

١ - لمالك العقار المرتفق أن يجري من الأعمال ما هو ضروري لاستعمال حقه في الارتفاق ، وما يلزم للمحافظة عليه ، وأن يستعمل هذا الحق على الوجه الذي ينشأ عنه أقل ضرر ممكن .

٢ - ولا يجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة في عبء الارتفاق ^(١) .

ومخلص من هذا النص أن مالك العقار المرتفق ، في استعماله لحق الارتفاق ، يملك أن يقوم بما هو ضروري من الأعمال لاستعماله . فإذا كان له حق ارتفاق بالمرور ، وكان استعمال هذا الحق يقتضي أن يقيم جسراً فوق ترعة أو مصرف ، أو كان له حق ارتفاق بالمجرى وكان استعمال هذا الحق يقتضي أن يحفر قناة تجري فيها المياه ، أو كان له حق ارتفاق بالشرب من بئر إرتوازي وكان استعمال هذا الحق يقتضي أن يقيم على البئر مضخة يجلب بها المياه ، كان له

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، غير أن نص المشروع التمهيدى كان يقسم الفقرة الأولى إلى فقرتين ، تبدأ الفقرة الثانية منهما بعبارة : «إلا أن عليه أن يستعمل حقه على الوجه إلخ إلخ» . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١١٠٤ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠١ . وفي لجنة مجلس الشيوخ ضمت الفقرتان الأولى في فقرة واحدة لارتباط الحكم ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ١٠٢٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٦٣٤ - ص ٦٣٦) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٨٩ : لمالك العقار المرتفق الحق في أن يقيم في العقار المرتفق به كل المنشآت اللازمة لاستعمال هذا الارتفاق وصيانته .

م ٩٩٢/٤ : وكذلك من له حق ارتفاق لا يمكنه استعماله إلا وفقاً لمنطوق سنده ولا يجوز له أن يحدث في أرضه أو في العقار المرتفق به أي تعديل من شأنه إرهاب هذا العقار .

(وهذه الأحكام موافقة لأحكام التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ١٠٢٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٧٦ (مطابق) .

قانون الملكية المقارية اللبناني م ٨٦ (مطابقة للمادة ٩٨٩ مدني سوري ، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

م ٨٩/٤ (مطابقة للمادة ٩٩٢/٤ مدني سوري ، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

أن يقيم الجسر أو يحفر القناة أو يقيم المضخة ، وكل هذه أعمال ضرورية لاستعمال حق الارتفاق . وكذلك يحق لمالك العقار المرتفق أن يجرى من الأعمال ما هو ضروري للمحافظة على حق الارتفاق . فإذا كان له حق ارتفاق بالمرور ، كان له أن يعبد الطريق الذي يمر منه ، وأن يرصفه عند الاقتضاء ، وأن يقوم بالإصلاحات اللازمة التي تقتضيها صيانة الطريق^(١) . ويجب أن يكون القيام بهذه الأعمال على الوجه الأقل ضرراً للعقار المرتفق به ، ولصاحب هذا العقار الأخير أن يحدد ميعادا معقولا للفراغ منها^(٢) ، ويبقى مالك العقار المرتفق حراً في أن يقوم بهذه الأعمال أو ألا يقوم بها ، فهذا حقّه وليس واجباً عليه . ولكن إذا لم يقيم بها ، وتسبب عن ذلك ضرر للعقار المرتفق به من جراء استعمال حق الارتفاق ، كان مالك العقار المرتفق مسؤولاً عن التعويض^(٣) .

ومالك العقار المرتفق ، في استعماله لحق الارتفاق ، يجب عليه من جهة ألا يتجاوز حدود هذا الحق ، ويجب عليه من جهة أخرى ، حتى لو لم يتجاوز هذه الحدود أن يستعمل حق الارتفاق على الوجه الذي لا ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن فلا يسمى استعمال هذا الحق . ونبحث كلا من الواجبين .

فالواجب الأول هو ألا يتجاوز مالك العقار المرتفق حدود الارتفاق ، لا من حيث العقار المرتفق ولا من حيث مضمون الحق . فلا يحق له أن يتجاوز حاجات العقار المرتفق إلى حاجات عقار آخر ، فحق الارتفاق إنما نشأ للوفاء بحاجات عقار معين . وكما لا يجوز لمالك العقار المرتفق أن يستوفى حاجات هذا العقار من غير العقار المرتفق به ، كذلك لا يجوز أن يستوفى من العقار المرتفق به حاجات عقار غير العقار المرتفق . ومجاوزة العقار المرتفق إلى عقار حره كمجاوزة العقار المرتفق به إلى غيره من العقارات ، يعتبر في الحاليتين

(١) بودرى وشوفو فقرة ١١٢٩ ص ٨٦٠ - بلانويول وريير وبيكار ٢ فقرة ٩٧٨ - وبديهي أن مالك العقار المرتفق يقوم بهذه الأعمال جميعاً في العقار المرتفق به ، بل إن النص (م ١/١٠٢٠ ملق) لا حاجة له إلا لهذا الغرض ، لأن القيام بأعمال في العقار المرتفق هو من حق مالك هذا العقار دون حاجة إلى نص على ذلك (بودرى وشوفو فقرة ١١٢٩ ص ٨٦٠) .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ١١٢٩ ص ٨٦٠ .

(٣) قفص فرنسي ١٥ مايو سنة ١٨٧٧ سيه ٧٧ - ١ - ٢٩٦ - بودرى وشوفو

مجاورة لحدود الارتفاق (١) . كذلك لا يجوز للمالك العقار المرتفق أن يجاوز حدود حق الارتفاق من حيث مضمون هذا الحق . فإذا كان الارتفاق حق مرور مقصوراً على المشي ، لم يجوز للمالك العقار المرتفق أن يمر راكباً (٢) ، أو أن يمر معه المواشي (٣) . وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٠ مدني سالفة الذكر : « ولا يجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة في عبء الارتفاق » . فإذا تقرر حق ارتفاق بالمرور لفائدة منزل للسكنى ،

(١) هل أنه يجوز للمالك العقار المرتفق إذا لم يجاوز حاجة عقاره ، كما لو أخذ كمية المياه اللازمة لرى أرضه من سقاة العقار المرتفق به ولم يزد عليها ، أن يستعمل المياه التي تتخلف عن رى أرضه في أغراضه ، كرى أرض مجاورة أو استخدام المياه لحاجات مصنع أقاله بجانب الأرض أو استخدام كفة محركة (بودوي وشوفو فقرة ١١٣٤ ص ٨٦٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٢ ص ٩٦٢) .

(٢) نقض فرنسي ١٩ مارس سنة ١٨٦١ دالوز ٦١ - ١ - ١٦٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨١ ص ٩٦١ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا دفع المدمى عليه الدعوى بأن المدمى ، وإن كان له حق ارتفاق بالصرف ، إلا أنه لم يدع حقه على حاله وقت التصديق ، بل إنه غير متبأن أقام نفاضة على أحيائه ليستعين بها على صرف المياه ، فيكون من حق المدمى عليه أن يمنعه من الصرف بوضع سدود في المصرف - إذا دفع بهذا وتثبتت المحكمة أن المدمى هو لبايئ بأحداث التغير في مضمون هذا الحق بإقامة النفاضة ، وأن المدمى عليه لم يكن متبأن أنه وضع سدود في المصرف أمام أرضه ليحول دون مرور مياه الصرف فيه حتى يحمي أرضه من الضرر الذي يلحقها من جراء ذلك ، كما استظهرت أن المدمى لم يرض على انتفاعه بالتغير الذي أحدثه إلا فترة وجيزة لاستأهل حياة وضع اليد ، وبناء على ذلك قضت برفض الدعوى ، فإن حكمها يكون مطابقاً لقانون (نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٥ رقم ١) .

ويعتبر مجاوزة لمضمون حق الارتفاق أن يغير مالك العقار المرتفق أو أن يطلب تغيير المكان الذي يستعمل فيه هذا الحق دون موافقة مالك العقار المرتفق به ، حتى لو لم يحدث أي ضرر للعقار المرتفق به (بودوي وشوفو فقرة ١١٣٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨١ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣١٣ - إسحاق غانم ص ٣٦) . وقد كان المشروع النهائي لنص المادة ١٠٢٣ مدني يتضمن نصاً يحجز المالك العقار المرتفق أن يطلب تغيير المكان الذي يستعمل فيه حق الارتفاق ، ولكن هذا النص قد حُذف في لجنة مجلس الشيوخ لأن فيه توسعاً لحق الارتفاق وهو حق يجب أن يبقى في حدوده الضيقة (أنظر مایل ص ١٣٨٠ هامش ١) . وانظر في عهد التشرين المدني السابق ، عدم جواز أن يغير مالك العقار المرتفق مكان الارتفاق استئناف مخطط ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٠٢ - وقارن استئناف مخطط ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٣ جازيت ٤ رقم ٦١ ص ٢٥ .

ثم استعمل جانب من هذا المترل معهدا أو ناديا أو مستوصفا ، لم يجوز أن يترتب على ما جد من حاجات المترل بسبب وجود المعهد أو النادي أو المستوصف أية زيادة في عبء الارتفاق . ويجب في هذه الحالة الاقتصاد في حق المرور على ما كان عليه من قبل ، أو الاتفاق مع مالك العقار المرتفق به على توسيع حق المرور لمواجهة ما استجد من الحاجات (١) . ووجوب ألا يجاوز مالك العقار المرتفق حدود حق الارتفاق ، لا من حيث العقار المرتفق ولا من حيث مضمون الحق ، يراعى دون نظر لما إذا كان يترتب على هذه المجاوزة ضرر للعقار المرتفق به . فحتى لو لم يترتب على المجاوزة أى ضرر ، فإن المجاوزة في ذاتها لإخلال بواجب مالك العقار المرتفق ، وتستوجب مسئوليته (٢) .

والواجب الثانى على مالك العقار المرتفق هو ألا يستعمل حق الارتفاق ، حتى لو لم يجاوز حدود هذا الحق . ولكن بشرط هنا وقوع الضرر ، على خلاف ما قررناه في مجاوزة حدود حق الارتفاق . فيجب على مالك العقار المرتفق أن يستعمل حق الارتفاق على الوجه الذى لا ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن (م ١٠٢٠ / ١ مدنى سالف الذكر) ، فإن استعمله على وجه يضر بالعقار المرتفق به ضررا كان يمكن تجنبه لو أنه استعمله على وجه آخر يعود عليه بالفائدة المستحقة ، تحققت مسئوليته . ويترك ذلك لتقدير قاضى الموضوع ، فهو الذى يبت فيما إذا كان مالك العقار المرتفق قد أساء استعمال حق الارتفاق (٣) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٩ - وانظر بودرى وشوفو فقرة ١١٣٤ ص ٨٦٧ - ص ٨٦٨ - أما إذا تقررت حق الارتفاق بصفة عامة ، وليس بالنظر لاستعمال معين حدد على وجه البقعة ، فإنه يجب مراعاة ، ليس فحسب الحاجات الحالية ، بل أيضاً الحاجات المستقبلية التى تستجد فيما بعد (أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٣٠ - بودرى وشوفو فقرة ١١٣٤ ص ٨٦٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٣ ص ٩٦٤ - مارتى ورينو فقرة ١٦٠ ص ١٧٩ - ص ١٨٠ - نقض فرنس ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ سيرة ١٩٢٩ - ١ - ٢٩٦) .

(٢) (أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٣٠ وما بعدها - بودرى وشوفو فقرة ١١٣٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨١ ص ٩٦٢) .

(٣) استئناف مختلط ٣ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٤ - وانظر بودرى وشوفو فقرة ١١٣٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨١ ص ٩٦٥ - وانظر في أمثلة متنوعة : =

وأى إخلال بالواجبين المتقدم ذكرهما من جانب مالك العقار المرتفق جزاؤه إلزامه باعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، وكذلك التعويض إن كان له مقتضى . ويترك بوجه عام لتقدير قاضى الموضوع اختيار الجزاء المناسب وفقا للظروف المختلفة . أما التعويض فلا يطالب به إلا مالك العقار المرتفق نفسه الذى ارتكب المخالفة ، لأنه مترتب فى ذمته كالتزام شخصى . وأما إعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، فيطالب بها مالك العقار المرتفق الذى ارتكب المخالفة وكذلك كل خلف خاص تنتقل إليه ملكية هذا العقار ولو لم يكن هو الذى ارتكب المخالفة ، وذلك بأنها تكليف عينية يتقل العقار نفسه ويتبعه فى أى يد ينتقل إليها هذا العقار (١) .

٦٠٦ - نفقة الأعمال المزمرة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه

نص قانونى : تنص المادة ١٠٢٢ مدنى على ما يأتى :

١ - نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون على مالك العقار المرتفق ، ما لم يشترط غير ذلك .

٢ - فإذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال على نفقته ، كان له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق .

٣ - وإذا كانت الأعمال نافعة أيضا لمالك العقار المرتفق به ، كانت نفقة الصيانة على الطرفين ، كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة (٢) .

= نقض فرنسى ١٥ مارس سنة ١٨٩٢ سيريه ١-٩٢-٣٠٩-٧ فبراير سنة ١٩٤٩ Bull. civ. ١٩٤٩ ص ١١٨ فقرة ٤٧-١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٣ جازيت دي باليه ١٩٥٤-١-١٠٦-١٢ يولييه سنة ١٩٥٤ Bull. civ. ١٩٥٤-١-٢٢٢-٢٢ يولييه وبيكار فقرة ٩٨٤- مازو فقرة ١٧٢٣ .

(١) نقض فرنسى ٧ فبراير سنة ١٩٤٩ سيريه ١-١٩٤٩-١-١٤٦-١٢ ديجولوب ١٢ فقرة ٨٩٥- بلانيول وريبير وبيكار ٢ فقرة ٩٨٥- وانظر عكس ذلك لأوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٤ ص ١٣٦- ص ١٣٧ وهامش ٤- بودرى وشوفو فقرة ١١٤١ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٩٣ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠٦ فى المشروع النهائى - ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٣ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٨ - ص ٦٤٠) . =

ويعتبر من هذا النص أن الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون نفقاتها في الأصل على مالك العقار المرتفق ، فهو الذي يستفيد من حق الارتفاق ، فيجب عليه تبعا لذلك أن يدفع نفقات هذه الاستفادة . ويحمل هذه النفقات حتى لو كانت عن أعمال اقتضى إجراؤها عيب في العقار المرتفق (١) ، أو اقتضاها تغيير عمل الارتفاق بسبب تعديل في الوضع القائم للأشياء (٢) . أما إذا كان هناك خطأ اقتضى إجراء هذه الأعمال ، فنفقتها تكون على من ارتكب هذا الخطأ على سبيل التعويض . فإذا كان الذي ارتكب الخطأ هو مالك العقار المرتفق به كانت نفقاتها عليه دون حاجة إلى اتفاق خاص على ذلك (٣) ، وإذا كان هو مالك العقار المرتفق تحمل نفقة هذه الأعمال حتى لو كان هناك اتفاق على أن تكون النفقة على مالك العقار المرتفق به (٤) . ولكن القاعدة التي تقضى بأن تكون نفقة الأعمال على مالك العقار المرتفق به ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق في نفس السند الذي أنشأ حق الارتفاق أو في وقت لاحق على أن تكون نفقة الأعمال على مالك العقار المرتفق به . وفي هذه الحالة يكون التزام هذا الأخير بنفقة الأعمال التزاماً عيئاً (obligation réelle) ، إذ أن سبب الالتزام هنا هو

- ولما قبل لهذا النص في التفتين المنقح السابق .

ويقابل في التفتينات العربية الأخرى :

التفتين المنقح السوري م ٩٩٠ : إن أكلان المنشآت اللازمة لاستعمال الارتفاق وصيانته

على مالك العقار المرتفق . (وهذا الحكم يوافق حكم التفتين المنقح المصري) .

التفتين المنقح الليبي م ١٠٢٤ (مطابق) .

التفتين المنقح العراقي م ١٢٧٧ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٨٧ (مطابقة المادة ٩٩٠ مقي سوري ، وهذه المادة

الأخيرة مأخوذة منها) .

(١) بودري وشوفوقرة ١١٣٢ ص ٨٠٥ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٩٧٨ -

نقض فرنسي ٧ ديسمبر سنة ١٨٥٩ دالوز ٦٠ - ١ - ٣٣ .

(٢) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٩٧٨ - نقض فرنسي ١١ ديسمبر سنة ١٨٦١

دالوز ٦٢ - ١ - ٧٩ .

(٣) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٨ - بودري وشوفوقرة ١١٣٢ - بلانيول

وريبير ويكار ٣ فقرة ٩٧٨ - نقض فرنسي ٧ ديسمبر سنة ١٨٥٩ دالوز ٦٠ - ١ - ٣٣ .

(٤) بودري وشوفوقرة ١١٣٢ ص ٨٦٥ .

ملكيتة للعقار المرتفق به (*propter rem*) (١) . وينبئ على ذلك أن هذا الالتزام لا ينتقل إلى الورثة الشخصيين مالك العقار المرتفق به ، بل ينتقل إلى كل من تنتقل إليه ملكية هذا العقار حتى لو كان خلفاً خاصاً . وينبئ على ذلك أيضاً ، كما تقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٢ مدني سالفه الذكر ، أن يكون لمالك العقار المرتفق به أن يتخلص من هذا الالتزام بالتخلي عن العقار المرتفق به لمالك العقار المرتفق ، يتخلى عنه كله إذا كان حق الارتفاق يتناول كل العقار المرتفق به كالارتفاق باستخراج الأحجار من محجر ، ويتخلى فقط عن الجهة التي يباشر فيها حق الارتفاق كالارتفاق بالمرور من طريق معين فيكون التخلي عن هذا الطريق وحده . وهنا هو المقصود من العبارة التي وردت في الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٢ مدني ، وهي التخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه (٢) .

وتقول الفقرة الثالثة من المادة ١٠٢٢ مدني سالفه الذكر : وإذا كانت الأعمال نافعة أيضاً لمالك العقار المرتفق به ، كانت نفقة الصيانة على الطرفين ، كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة . فإذا كان هناك ارتفاق بالمرور ، وكان الطريق المخصص لمرور مالك العقار المرتفق يمر منه أيضاً مالك العقار المرتفق به ويعود عليه من المرور فيه قدر متساو للفائدة التي تعود على مالك العقار المرتفق ، كانت نفقة صيانة الطريق مناصفة بين المالكين . وإذا كان الارتفاق هو اعتراف المياه من عين

(١) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٦ - بودي وشوفو فقرة ١١٣١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٩ ص ٩٥٩ - نقض فرنسي ١١ مايو سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨ - ٣٦٥ - ١ .

(٢) ويكون لمالك العقار المرتفق به الحق في التخلي حتى لو نزل عن هذا الحق ، وحتى لو ظل يدفع النفقات مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ثم أراد التخلي بعد ذلك (أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٦ - بودي وشوفو فقرة ١١٣١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٩ ص ٩٥٩) . ويصح التخلي للتخلص من النفقات ، حتى ما استحق منها قبل التخلي (أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٦ - بودي وشوفو فقرة ١١٣١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٩ ص ٩٥٩) .

والتخلي إرادة منفردة تصدر من مالك العقار المرتفق به وحده ، ولا حاجة لقبولها من مالك العقار المرتفق ، بل يكفي إخطاره بها (نقض فرنسي ١١ مايو سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨ - ٣٦٥ - جرينويل ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٢ دالوز ١٩٤٣ - ٣٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٩ ص ٩٥٩ - مارك ١٠ نو فقرة ١٦٢ ص ١٨٣ .

موجودة في العقار المرتفق به ، وكان مالك هذا العقار الأخير يعرف هو أيضاً من هذه العين ثلاثة أمثال ما يعرفه مالك العقار المرتفق ، فان نفقة صيانة العين يتحملها كل منهما ، فيتحمل مالك العقار المرتفق به ثلاثة أرباع النفقات ، ويتحمل مالك العقار المرتفق الربع الباقي (١) . وفي جميع هذه الأحوال يكون التزام مالك العقار المرتفق به بالمساهمة في النفقات ليس التزاماً عيذاً ، لأنه لا يساهم في النفقات بسبب ملكيته للعقار المرتفق به كما هو الأمر عند ما يلتزم بالنفقات بموجب اتفاق خاص فيما قدامنا ، بل لأنه يتنفع بالأعمال انتفاع مالك العقار المرتفق فيساهم بنسبة ما انتفع . وعلى ذلك لا يجوز له ، كما جاز في حالة التزامه بالنفقات بموجب اتفاق خاص ، أن يتخلص من المساهمة في النفقات بالتخلي عن عقار المرتفق به كله أو بعضه .

§ ٢ - الدعاوى المحررة لمالك العقار المرتفق

٦٠٧ - دعوى الإقرار بحق الارتفاق : لمالك العقار المرتفق دعوى عينية هي دعوى الإقرار بحق الارتفاق (action confessoire de servitude) يطلب فيها من مالك العقار المرتفق به ، أو من أى حائز لهذا العقار ، الإقرار له بحق ارتفاعه على العقار المرتفق . ويقدم إثباتاً لدعواه الطريقة التي كسب بها حق الارتفاق ، وهي إحدى الطرق التي يكسب بها هذا الحق (٢) ، وقد تقدم بيانها . وهذه الدعوى ، بالنسبة إلى حق الارتفاق ، تقابل دعوى الاستحقاق (action en revendication) بالنسبة إلى حق الملكية . ويطلب فيها المدعي ، تمكنه من استعمال حق ارتفاعه ، كما يطلب المدعي في دعوى الملكية تسليمه العين محل حق الملكية . ويجوز أيضاً للمدعي أن يطلب هدم المنشآت التي أقيمت مخالفة لحق الارتفاق كإزالة المباني في حالة الارتفاق بعدم البناء (٣) ، وكذلك الحكم بغرامة تهديدية (astreintes)

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع المنهية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٩ - وانظر بودري وشوفو فقرة ١١٤٢ .

(٢) أنظر في ذلك بودري وشوفو فقرة ١١٤٦ ص ٨٧٩ هامش ٢ .

(٣) قاضي فرنسي ١٣ مارس سنة ١٩٦٣ دالوز ١٩٦٣ . Som ٧٩ - ٤ يناير سنة ١٩٦٣ موريه ١٩٦٣ - ٢٥٤ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٦٣ J.C.P. ١٩٦٣ - ٢ - ١٣٩٠٩ - ١٦ مارس سنة ١٩٦٤ جازيت دي باليه ٢٤ - ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٦٤ - ٤ مايو سنة ١٩٦٤ J.C.P. ١٩٦٤ - ٢ - ١٢٧٩٠ - مارك ورينو فقرة ١٦٥ .

لإجبار المدعى عليه على تمكينه من استعمال حق الارتفاق (١).

٦٠٨ - دعاوى الحيازة المتعلقة بحق الارتفاق في القانون الفرنسي :

وكما أن دعاوى الحيازة تسمى الحيازة بالنسبة إلى حق الملكية ، فن المسلم به في القانون الفرنسي أن هذه الدعاوى تسمى الحيازة أيضاً بالنسبة إلى حق الارتفاق . فيستطيع مالك العقار المرتفق أن يلجأ إلى دعوى منع التعرض وإلى دعوى وقف الأعمال الجديدة ، إذا توافرت شروط كل من هاتين الدعويتين ، لحماية حيازته لحق الارتفاق من أى تعرض يقع على هذه الحيازة ، سواء من مالك العقار المرتفق به أو من الغير . ولكن يشترط في القانون الفرنسي أن يكون حق الارتفاق ، إذا كان سببه التقادم أو تخصيص المالك الأصلي ، مستمراً وظاهراً ، لأن حق الارتفاق المستمر الظاهر هو وحده الذي يمكن كسبه بالتقادم أو تخصيص المالك الأصلي . فان كان سبب الارتفاق هو السند ، العقد أو الوصية ، جاز الالتجاء إلى دعاوى الحيازة أياً كان نوع حق الارتفاق ، ولو كان غير مستمر أو كان غير ظاهر ، لأن السند ينفي عن حق الارتفاق أية شبهة من أن تكون حيازته حيازة عرضية (٢) . ويستثنى من دعاوى الحيازة دعوى استرداد الحيازة ، فهذه تفترض أن عملاً من أعمال العنف قد وقع على حيازة مادية فانتزعها من صاحبها . ولما كانت حيازة حق الارتفاق لا تكون حيازة مادية ، لذلك لا يجوز لصاحب هذا الحق أن يلجأ إلى دعوى استرداد الحيازة (٣) .

٦٠٩ - دعاوى الحيازة المتعلقة بحق الارتفاق في القانون المصري :

أما في القانون المصري فالأمر يختلف ، إذ أن هذا القانون لا يشترط أن يكون حق الارتفاق مستمراً حتى يمكن كسبه بالتقادم أو بتخصيص المالك الأصلي . لذلك نرى أن كل حق ارتفاق ، ولو كان غير مستمر ، كسب بالتقادم أو بتخصيص المالك الأصلي ، تمكن حماية حيازته بدعوى منع

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٦

(٢) بودرى وشوفو فقرة ١١٤٦ ص ٨٧٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٧ -

مارق ورينو فقرة ١٦٦ - وهنا يجمع القضاء الفرنسي بعض الشيء بين دعوى الحيازة ودعوى الموضوع (لمازور فقرة ١٧٢٤ ص ١٣٩٠) .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٧ ص ٩٧٠ .

التعرض وبدعوى وقف الأعمال الجديدة . ولا يشترط إلا أن يكون حق الارتفاق ظاهراً ، لأن الارتفاقات الظاهرة هي وحدها التي يمكن كسبها بالتقادم وتخصيص المالك الأصلي (١) . فإذا كسب حق الارتفاق بالسند ، العقد أو الوصية ، فإنه تمكن حماية حيازته دائماً بدعوى منع التعرض وبدعوى وقف الأعمال الجديدة ، ولو كان ارتفاقاً غير مستمر ، أو كان ارتفاقاً غير ظاهر . .

ولا نرى مانعاً من جواز الالتجاء إلى دعوى استرداد الحيازة ، في الحالات التي يظهر فيها بوضوح أن عملاً من أعمال العنف قد انتزع من صاحب حق الارتفاق حيازته لهذا الحق . فإذا كان حق الارتفاق إلى هو ارتفاق بالمطل مثلاً ، وأقام مالك العقار المرتفق به حائطاً معاذياً للنافذة فسدها سداً تاماً ، فلماذا لا يجوز لصاحب حق الارتفاق أن يلجأ بدعوى استرداد الحيازة في هذه الحالة وقد انتزعت منه حيازته بعمل من أعمال العنف ؟ وكذلك الأمر في حق الارتفاق بالمرور ، إذا عمد مالك العقار المرتفق به إلى هدم الجسر الذي يباشر عليه حق الارتفاق ، فإنه يجوز في هذه الحالة لصاحب حق الارتفاق أن يلجأ إلى دعوى استرداد الحيازة بعد أن انتزعت حيازته لحقه بعمل من أعمال العنف .

المبحث الثاني

الآثار بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق به

٦١٠ - مسائلناه : نبحث هذه الآثار : (١) من حيث واجبات مالك العقار المرتفق به . (٢) ومن حيث الدعاوى المحولة للمالك هذا العقار .

١ - واجبات مالك العقار المرتفق به

٦١١ - نحن قانوني : تنص المادة ١٠٢٣ مدني على ما يأتي :

١ - لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئاً يؤدي إلى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق أو جعله أكثر مشقة . ولا يجوز له

(١) أما في عهد التقنين المدني السابق ، فقد كان يقضى بأن دعوى الحيازة لا تنحصر إلا حقوق الارتفاق الظاهرة المستمرة (استئناف مخطط ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ - ٧٥ ص ٤٢ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٣٥) .

بوجه خاص أن يغير من الوضع القائم : أو أن يبدل بالوضع المعين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق موضعاً آخر .

٢- ومع ذلك إذا كان الموضع الذي عين أصلاً قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به ، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار ، أو إلى عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبي إذا قبل الأجنبي ذلك . كل هذا متى كان استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسوراً به في وضعه السابق ، (١) ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ١/٩٩٢ و ٢ و ٣ - وفي التقنين المدني الليبي م ١٠٢٦ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٧٨ / ١ و ٢ - وفي قانون الملكية العقارية اللبنانية م ١/٨٩ و ٢ و ٣ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدى كان يتضمن في الفقرة الثانية عبارة أخرى تجرى على الوجه الآت : « ويصح أيضاً لمالك العقار المرتفق أن يطلب تغيير الموضع المعين لاستعمال حق الارتفاق ، إذا أثبت أن في هذا التغيير فائدة محسوسة له دون أن يكون فيه إضرار بالعقار المرتفق به » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١١٠٧ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٤ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية السابق بينها ، وذلك حساً للنزاعات ، ولأن في هذه العبارة توسعة لحق الارتفاق وهو حق قليل يجب أن يبين في حدود الضيقة . وقد أصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ١٠٢٣ . ووافق عليه مجلس الشيوخ لا عدله بلحت (مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ٦٤٠ - ص ٦٤٣) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ١/٩٩٢ و ٢ و ٣ :

١ - لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يأتى بعمل يرمى إلى قصر استعمال الارتفاق أو إلى جعله أكثر مشقة . ٢ - فلا يجوز له أن يغير وضعية الأماكن ، أو أن يحول الارتفاق إلى مكان غير المكان المعين له قديماً . ٣ - إنما إذا كان الارتفاق في مكانه القديم قد أصبح أشد إرهاباً لمالك العقار المرتفق به ، أو كان يمتنع من القيام بإصلاحات مفيدة ، فله أن يعرض على صاحب العقار المرتفق مكاناً بسهولة المكان الأول لاستعمال حقوقه ، ولا يمتنع لهذا الأخير أن يرفض العرض . (وهذه الأحكام تنفق مع أحكام التقنين المصري) .

ومخلص من هذا النص أن واجبات مالك العقار المرتفق به واجبات سلبية محضة . فهو ليس مكلفاً بأى عمل إيجابى ، لأن حق الارتفاق سلطة مباشرة لصاحب هذا الحق على العقار المرتفق به ، يباشرها دون وساطة مالك هذا العقار ودون تدخله . وكل ما يطلب من مالك العقار المرتفق به هو الامتناع عن أى عمل يودى إلى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق ، أو جملة أكثر مشقة (١) . فإذا أخل بهذا الواجب السلبى ، وأقدم على عمل يودى إلى هذه النتيجة ، منع من ذلك ، وأجبر على التعويض إن كان له مقتضى . وليس له بوجه خاص أن يغير برادته وحده الموضع المعين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق ، وذلك ما لم تتوافر شروط معينة بينها الفقرة الثانية من النص سالف الذكر (٢) . وقد يلتزم مالك العقار المرتفق به استثناء بأعمال إيجابية ، وقد ورد مثل لما فى التزامه بدفع نفقات الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه إذا اشترط عليه ذلك (٣) ، وهناك مثل آخر سبق بيانه هو أن يلتزم بعمل إضافى يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف (م ١٠٢١ مدنى) ، ولكن يجب أن يكون هذا العمل الإيجابى فى جميع الأحوال عملاً إضافياً يترل من استعمال حق الارتفاق مترلة التابع من المتبوع ، وقد تقدم بحث ذلك (٤) . فبقى إذن مسائل ثلاث نبحثها على التعاقب : (١) امتناع مالك العقار المرتفق به من أى عمل يعوق استعمال حق الارتفاق . (٢) الجزاء المترتب على الإخلال بهذا الواجب . (٣) إمكان تغيير الموضع المعين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق بشروط معينة .

= التقنين المدنى البنى م ١٠٢٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٥١/١٢٧٨ (مطابق) - ويوجد فى التقنين العراقى فقرة ثالثة لهذه المادة تطابق العبارة الأخيرة من المادة ١٢٩٤ من المشروع التمهيدى من التقنين المدنى المصرى ، وهى العبارة التى حذفت فى لجنة مجلس الشيوخ : أنظر آتفاً ص ١٣٨٠ هامش (١) . قانون الملكية العقارية البنى م ١/٨٩ و ٣٥٢ (مطابق المادة ٩٩٢/٣٥٢ من التقنين

السورى وهذا النص الأخير مأخوذ من النص البنى) .

(١) أنظر مازو فقرة ١٧٢٢ ص ١٣٥٨ .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦

ص ٦٤١ - ص ٦٤٢ .

(٣) أنظر آتفاً فقرة ٦٠٦ .

(٤) أنظر آتفاً فقرة ٥٧٢ .

٦١٢ - امتناع مالك العقار المرتفق به عن أى عمل يعوق استعمال

عن المرنشوا : إذا تقرر حق ارتفاق على العقار المرتفق به أوعلى موضع معين منه ، فان تقرير هذا الحق لا يحرم مالك العقار المرتفق به من ملكه ، فلا يزال العقار المرتفق به وكل موضع فيه ملكا له ، يباشر عليه حقوق المالك من استعمال واستغلال وتصرف . وكل ما ترتب على حق الارتفاق أنه أوجب على مالك العقار المرتفق به إلا يحس ، فى استعماله لحقوق ملكيته ، بحق الارتفاق (١) . فاذا كان الارتفاق حق مرور من موضع معين ، فان هذا الموضع يبقى ملكا لمالك العقار المرتفق به ، وله أن يقيم عليه من الأبنية ما يشاء ، بشرط أن يترك مسافة كافية تسمح لصاحب حق الارتفاق بالمرور . ومن باب أولى يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يمر من هذا الموضع المعين كما يمر مالك العقار المرتفق ، بشرط ألا يعوق مرور الأول مرور الثاني . وله كذلك أن يقيم بابا على الطريق ، بشرط أن يسلم مفتاحا لهذا الباب لصاحب حق الارتفاق (٢) . وإذا كان الارتفاق حق مرعى أو حق الاعتراف من عين أو حق احتطاب الأشجار ، فان المرعى والعين والأشجار تبقى ملكا لمالك العقار المرتفق به ، وله هو أيضا أن يرعى مواشيه وأن يقترف المياه من العين وأن يحتطب الأشجار ، وذلك كله بشرط ألا يعوق صاحب حق الارتفاق من رعى مواشيه ومن اغتراف المياه ومن احتطاب الأشجار كما يقضى حق ارتفاقه (٣) .

فكل ما يجب إذن على مالك العقار المرتفق به هو ألا يعوق استعمال حق الارتفاق ، فلا يعمل شيئا يؤدي إلى الانتقاص من استعمال هذا الحق ، أو

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٤ ص ١٣٥ وما بعدها - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٢ ص ٨٧٤ - ص ٨٧٥ - بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٨ ص ٩٧١ - نقض فرنسى ١٧ فبراير سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٧ - ١ - ١٩٤ .

(٢) نقض فرنسى ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ١٨٩ وله بوجه عام أن يحوط ملكه (نقض فرنسى أول مارس سنة ١٩٤٤ J. C. P. ١٩٤٥ الطيبة الحادية عشرة فقرة ٢٩١٤) ، إلا إذا كان هذا التحويط يعوق استعمال حق المرور (نقض فرنسى ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٢ جازيت دى باليه ١٩٣٢ - ٢ - ٥٥٢) . وانظر فى حق المالك للعقار المرتفق به فى حفر أنفاق ومد مواسير تحت الطريق : نقض فرنسى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٧ دالوز

١٩٣٨ - ١ - ٦٢ - ١٤ أكتوبر ١٩٦٣ دالوز ١٩٦٣ - ١٠٣

(٣) بودرى وشوفو فقرة ١١٤٢ ص ٨٧٥ .

يؤدي إلى جعل هذا الاستعمال أكثر مشقة . وهذا الواجب يقابل واجب مالك العقار المرتفق من استعمال حقه بحيث لا يجعل هذا الاستعمال أكثر مشقة على مالك العقار المرتفق به ، أو يزيد في عبء حق الارتفاق (١) . فإذا كان الارتفاق حق مرور ، لم يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يزرع الطريق أو أن يغرس فيه من الأشجار ما يعوق المرور من الطريق ، أو يجعل المرور أكثر مشقة (٢) . وإذا كان الارتفاق حق مرعى ، لم يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يقلب الأرض أو يحولها إلى أرض للبناء أو يقيم فيها مصنعا ، بحيث تصبح غير صالحة للرعى فيها أو تجعل الرعى عسيرا (٣) . وتقدير ذلك متروك لقاضي الموضوع ، فهو الذي يبت فيها إذا كان العمل قد أدى إلى إعاقة استعمال حق الارتفاق ، أى إلى الانتقاص من هذا الاستعمال أو إلى جعله أكثر مشقة ، ناظرا في ذلك إلى ملاسات كل قضية وإلى الوضع القائم وإلى الشروط الواردة في سند حق الارتفاق وإلى النية المفترضة للطرفين وإلى الضرر الذى أحاق بمالك العقار المرتفق وإلى غير ذلك من الظروف (٤) .

٦١٣ - الجزاء المترتب على إهمال مالك العقار المرتفق به بواجبه :
 فإذا أخل مالك العقار المرتفق به بواجبه ، وأتى بأعمال تعوق استعمال حق الارتفاق بأن تنتقص من هذا الاستعمال أو تجعله أكثر مشقة ، ألزم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، وبالتعويض إن كان له مقتضى . والتعويض لا يطالب به إلا مالك العقار نفسه الذى ارتكب المخالفة ، لأنه مترتب على التزام شخصي في ذمته . أما إعادة الحالة إلى ما كانت عليه فيطالب بها مالك العقار المرتفق به الذى ارتكب المخالفة وكذلك كل خلف خاص تنتقل إليه ملكية هذا العقار

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٥ .

(٢) متر ١٩ يناير سنة ١٨٥٨ دالوز ٥٨ - ٢ - ٢٠ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٠ ص ٨٧٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٨ ص ٩٧٢ .

(٣) نقض فرنسي ٩ مايو سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٧ - ١ - ٢٩٣ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٠ ص ٨٧٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٨ ص ٩٧٢ .

(٤) نقض فرنسي ١٤ نوفمبر سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٢ - ١ - ١١٩ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٠ ص ٨٧٤ (عند الشك يفسر السند لمصلحة مالك العقار المرتفق به) - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٨ ص ٩٧١ .

ولو لم يكن هو الذى ارتكب المخالفة . ذلك بأن إعادة الحالة إلى ما كانت عليه إنما هي تكليف عيني يثقل العقار نفسه ، ويتبعه في أى يد ينتقل إليها هذا العقار . وقد قدمنا مثل ذلك في الجزاء على مخالفة مالك العقار المرتفق لواجبه ، من عدم مجاوزة حدود حق الارتفاق ، ومن عدم إساءة استعمال هذا الحق (١) .

٦١٤ - إملاء تغيير الموضع المعبى استعمال هو الارتفاق :
وإذا كان استعمال حق الارتفاق قد تركز في موضع معين ، كطريق أحد لاستعمال حق المرور ، فإن هذا الموضع الذى عين لاستعمال حق الارتفاق يبقى في الأصل كما هو دون تغيير . فلا يستطيع مالك العقار المرتفق به أن يغيره بإرادته وحده دون اتفاق مع مالك العقار المرتفق ، كما لا يستطيع مالك العقار المرتفق أن يغيره بإرادته وحده دون اتفاق مع مالك العقار المرتفق به . أما عدم جواز استقلال مالك العقار المرتفق بتغيير الموضع الأصلي لاستعمال حق الارتفاق ، فأمر مطلق لا يرد عليه أى استثناء (٢) . وأما عدم جواز استقلال مالك العقار المرتفق به بتغيير هذا الموضع الأصلي ، فيرد عليه استثناء نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٣ مدنى فيما رأينا (٣) .

فيجوز للمالك العقار المرتفق به أن يطلب تغيير الموضع الأصلي لاستعمال حق الارتفاق ، ولو بغير موافقة مالك العقار المرتفق ، إذا كان هذا الموضع قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعا من إجراء تحسينات في العقار المرتفق به . ويكون الموضع الأصلي قد أصبح من

(١) انظر آتفا فقرة ٦٠٥ في آخرها . وانظر ديمولوب ١٢ فقرة ٨٩٥ - بلانيوك وريير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٥ .

وهناك رأى يلحظ إلى أن الخلف الخاص لمالك العقار المرتفق به لا يكون مستولا عن إعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، وكل ما يجب عليه هو أن يترك مالك العقار المرتفق بفعل ذلك بنفسه ، ثم يرجع هذا الأخير بالنفقات على مالك العقار المرتفق به ذاته الذى ارتكب المخالفة (لوران ٨ فقرة ٢٧١ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢٥٤ ص ١٣٦ - ص ١٣٧ وحلش ٤ - بودى وشوفو فقرة ١١٤١ .

(٢) انظر آتفا فقرة ٦٠٥ في المالحش .

(٣) انظر آتفا فقرة ٦١١ .

شأنه أن يزيد في حبه الارتفاق إذا كان هذا الارتفاق مثلا ارتفاقا بالمجرى حفرت لاستعماله قناة لتوصيل المياه، ثم أصبحت هذه القناة في موضعها الأصلي عاقلة لتصريف المياه من الأرض المرتفع بها . فعندئذ يحق للمالك العقار المرتفع به أن يطلب نقل المجرى إلى مكان آخر لا يعوق تصريف المياه (١) . ويكون الارتفاق مانعا من إحداث تحسينات في العقار المرتفع به إذا كان هذا الارتفاق مثلا ارتفاقا بالمرور ، وأراد مالك العقار المرتفع به أن يقيم أبنية مفيدة لعقاره ولكنها تسد الطريق الذي يستعمل فيه حق المرور . فعندئذ يحق له أن يطلب نقل الطريق إلى مكان آخر ، فيتمكن بذلك من إقامة الأبنية التي يريد بها .

وفي جميع الأحوال لا يجوز للمالك العقار المرتفع به أن يغير الموضع الأصلي لحق الارتفاق من تلقاء نفسه ، بل يجب عليه أولا أن يفاوض مالك العقار المرتفع في هذا التغيير ، فإن أبي رفع مالك العقار المرتفع به الأمر للقضاء ، وبحكمة الموضوع هي التي تبت فيما إذا كان التغيير مبرر على النحو الذي قدمناه . ثم إن مالك العقار المرتفع به يجب عليه أن يقدم موضعا آخر ينتقل إليه استعمال حق الارتفاق ، ويجب أن يكون هذا الموضع الآخر يتيسر فيه هذا الاستعمال بالقدر الذي كان ميسورا به في الموضع السابق ، وقاضى الموضوع هنا أيضا هو الذي يبت في ذلك (٢) . ويصح أن يكون هذا الموضع الآخر في العقار المرتفع به نفسه ، أو في عقار آخر مملوك لصاحب العقار المرتفع به نفسه ، أو مملوك لأجنبي بشرط أن يوافق الأجنبي على ذلك . وفي جميع هذه الأحوال لا يحق للمالك العقار المرتفع أن يرفض تغيير الموضع الأصلي ، مادام قد ثبت أن هذا الموضع الأصلي من شأنه أن يلحق ضررا بالعقار المرتفع به أو أن يمنع عنه فائدة بحيلولة دون إجراء تحسينات في هذا العقار ، وما دام قد ثبت أن الموضع الجديد لا يلحق

(١) أنظر في جوار تغيير الموضع الأصلي للطريق الذي يباشر عليه حق المرور إذا منع هذا الطريق في حالته الأصلية مالك العقار المرتفع به من أن يحوط ملكه . محكمة إكس ٩ مايو سنة ١٩٥٠ والورز ١٩٥٠ - ٥٩٠ .

(٢) فيجب إذن ألا يلحق تغيير الموضع الأصلي لحق الارتفاق أي ضرر بمالك العقار المرتفع (نقض فرنسي ٩١ أبريل سنة ١٩٤٢ ١٩٤٢ دالورز ١٩٤٢ - ١ - ٢١٢) . وينظر في وجود الضرر ، لا إلى الوقت الذي أنشئ فيه حق الارتفاق ، بل إلى الوقت الذي يتم فيه تغير الموضع الأصلي (ديبولومب ٢١ فقرة ٨٩٩ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٤ ص ٨٧٨) .

أى ضرر بمالك العقار المرتفق بل يبقى استعمال حق الارتفاق ميسوراً كما كان من قبل (١) .

وتكاليف نقل استعمال حق الارتفاق إلى موضع آخر يتحملها مالك العقار المرتفق به ، إذ أن هذا النقل قد تم تحقيقاً لمصلحته (٢) . ولا يستحق مالك العقار المرتفق أى تعويض عن هذا النقل ، لأن المفروض أنه لم يصبه من جرائه أى ضرر (٣) .

ويستوى ، في جواز تغيير الموضع الأصلي لحق الارتفاق بالشروط المتقدم بيانها ، أن يكون سبب الارتفاق التصرف القانوني (العقد أو الوصية) أو تخصيص المالك الأصلي أو التنازل ، كما يستوى أن يكون الموضع الأصلي قد تعين بالارتفاق أو بموجب حكم قضائي (٤) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٦٤٦ . وإذا جاز تغيير الموضع الأصلي لحق الارتفاق ، فانه يجوز كذلك ، ومن باب أولى ، تغيير موضع أى ارتفاق تبنى . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه يجب في حق الارتفاق التبنى أن يكون ضرورياً للانتفاع بحق الارتفاق الأصلي ، وبالقدر اللازم لتوافر هذا الانتفاع . وإذا كانت المادة ١٠٢٣ مدني التي قننت ما كان مقرراً في ظل القانون الملغى القديم قد أجازت ، في حالة ما إذا كان الموضع الذي عين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به ، أن يطلب مالك هذا العقار نقل الارتفاق إلى موضع آخر متى كان استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسوراً به في وضعه السابق ، فانه يتأدى من ذلك جواز تعديل حق الارتفاق الأصلي في الأحوال المبينة بالمادة ١٠٢٣ مدني سائلة الذكر ، ومن باب أولى جواز تعديل حق الارتفاق التبنى في تلك الأحوال كذلك (نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٣٢ ص ٧٨٦) .

(٢) نقض فرنسي ٨ مايو سنة ١٨٨٢ دالوز ٨٢ - ١ - ٣١١ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٤ ص ٨٧٨ هامش ٢ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٩٨٩ .

(٣) نقض فرنسي ٢٢ مارس سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣ - ١ - ٤٠٨ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٤ ص ٨٧٨ هامش ٢ .

(٤) نقض فرنسي ١٦ يولييه سنة ١٨٧٨ دالوز ٧٩ - ١ - ١٢٨ - ١٩ يولييه سنة ١٨٨٢ دالوز ٨٣ - ١ - ٢٨٨ - ٣٠ فبراير سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٤ - ١ - ٢٩٢ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٥١٦ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٤ ص ٨٧٧ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٩٨٩ - عبد المنعم البدر لوى فقرة ٢١٧ ص ٢٦٢ .

ولما كان طلب تغيير الموضع الأصلي لحق الارتفاق رخصة لمالك العقار المرتفق به ، فان حقه في هذا الطلب لا يسقط بالتقادم ، أى حتى لو مضى على استعمال حق الارتفاق في موضعه الأصلي خمس عشرة سنة أو أكثر ، لأن الرخص لا تسقط بالتقادم (١) . وتبقى لمالك العقار المرتفق به هذه الرخصة ، حتى لو كان قد نزل عنها من قبل (٢) .

٢٩ - الدعوى المنعوية لمالك العقار المرتفق به

٦١٥ - دعوى إنكار من الارتفاق : وكما أن لمالك العقار المرتفق دعوى عينية هي دعوى الإقرار بحق الارتفاق (action confe de servitude) يطلب فيها الإقرار بحق ارتفاقه على العقار المرتفق به (٣) ، كذلك لمالك العقار الذى يدعى الغير أن له عليه حق ارتفاق دعوى عينية هي دعوى إنكار حق الارتفاق (action négatoire de servitude) يطلب فيها الحكم بأن عقاره خال من هذا التكليف (٤) .

ويكفى في دعوى إنكار حق الارتفاق أن يثبت المدعى مالك العقار ملكيته للعقار ، وليس عليه أن يثبت أن هذا العقار خال من حق الارتفاق . ذلك بأن المفروض أن الملكية خالية من أى تكليف يثقلها ، ما لم يثبت من يدعى وجود تكليف معين كحق ارتفاق أو حق رهن وجود هذا التكليف . فيجب إذن على من يدعى أن له حق ارتفاق ، ولو أنه هو المدعى عليه في دعوى إنكار حق الارتفاق ، أن يثبت هو وجود هذا الحق باثبات سبب من أسباب كسبه (التصرف القانوني أو تخصيص المالك الأصلي أو التقادم) ، ما دام صاحب

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٤ من ١٣٩ وهاش ١٣ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٥ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٩ .

(٢) ويعتبر امتناع مالك العقار المرتفق عن الموافقة على تغيير مكان الارتفاق ، حتى لو نزل من هذه الرخصة من قبل ، وحتى بعد انقضاء مدة التقادم ، تصفاً من هذا المالك في استعمال حقه ، مادام لا يلحقه من هذا التغيير أى ضرر ، ومادام التغيير يحقق مصلحة لمالك العقار المرتفق به (بودرى وشوفو فقرة ١١٤٥ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٣١٧ من ٢٦٤) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٧ .

(٤) نقض فرنسى ٢٣ يولية سنة ١٨٩٠ دالوز ٩٠ - ١ - ٢٨٩ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٦ من ٨٧٩ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٠ .

العقار وهو المدعى قد أثبت ملكيته لهذا العقار (١). فيقع عبء إثبات حق الارتفاق على من يدعى وجوده ، حتى لو كان قد قضى له بحيازة هذا الحق في دعوى من دعاوى الحيازة فرجع مالك العقار دعوى إنكار حق الارتفاق (٢). ويموز أيضا رفع دعوى إنكار حق الارتفاق ، لا فحسب للمطالبة بالحكم بأن العقار خال من حق الارتفاق أصلا ، بل أيضا للمطالبة بانتقاص حق الارتفاق وإرجاعه إلى حدوده الحقيقية مع التسليم بأن الحق ذاته موجود . وهنا أيضا يقع على صاحب حق الارتفاق عبء إثبات الحدود الحقيقية لهذا الحق ، ولا يكلف صاحب العقار المرتفق به إلا باثبات ملكيته لهذا العقار ، ويلتزم بما سلم به من حدود أقربها لحق الارتفاق (٣) .

٦١٦ - دعاوى الحيازة : والحائز للعقار يستطيع أيضا أن يرفع دعاوى

الحيازة متى توافرت شروطها ، فيحمى بها حيازته للعقار من يدعى أن له حق ارتفاق عليه . فإذا رفع الحائز للعقار دعوى منع التعرض أو دعوى وقف الأعمال الجديدة أو دعوى استرداد الحيازة ، قضى له بمنع التعرض من يدعى أن له حق ارتفاق ، أو بوقف الأعمال الجديدة التي يقوم بها من يدعى أن له حق ارتفاق ، أو ببرد حيازة ما انتزعه مدعى حق الارتفاق من حيازة للموضع الذي يستعمل فيه ما يدعيه من حق الارتفاق (٤) . وفي

(١) أوبرى ورو ٢ ققرة ٢١٩ ص ٥٣٩ - هاش ٤٣ - بودرى وشوفو ققرة ١١٤٦ ققرة ١١٤٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٩٩٠ ص ٩٧٣ .

(٢) أوبرى ورو ٧ ققرة ٢١٩ ص ٥٣٩ - ص ٥٤٠ - بودرى وشوفو ققرة ١١٤٧ بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٩٩٠ ص ٩٧٣ - مارك وريينو ققرة ١٦٧ .

وهناك رأى آخر يلعب إل أن المدعى في دعوى إنكار حق الارتفاق هو الذي يصل عبء إثبات أن حق الارتفاق المدعى به لا يوجد ، ولكن الرأى الأول هو الرأى الراجح (أنظر في هذا المدعى بودرى وشوفو ققرة ١١٤٧) . وأنظر رأياً في الفتحة العصرية يميز بين ما إذا كان المدعى عليه يحموز حق الارتفاق فتكون الحيازة قريبة على ثبوت حق الارتفاق له ويقع عبء إثبات نفي ذلك على المدعى ، وبين ما إذا كان المدعى عليه لا يحموز حق الارتفاق فيمكن أن يثبت المدعى ملكيته ويكون عبء إثبات وجود حق الارتفاق على المدعى عليه ، عبد المنعم البدرولى ققرة ٣١٩ ص ٣٦٦ - ص ٣٦٧ .

(٣) أوبرى ورو ٢ ققرة ٢١٩ ص ٥٤٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٩٩٠ ص ٩٧٣ .

(٤) بودرى وشوفو ققرة ١١٤٦ - مارك وريينو ققرة ١٦٧ .

جميع دعاوى الحيازة هذه لا يكلف الحائز إلا باثبات حيازته وبتوافر شروط دعوى الحيازة التي رفعها ، وعلى من يدعى وجود حق ارتفاق على العقار ، يستعمله فعلا فيتعرض لحيازة المدعى أو ينتزع منه الحيازة ، أن يثبت وجه هذا الحق ، وإلا خسر الدعوى وقضى لصالح حائز العقار ، وبذلك يمنع على مدعى حق الارتفاق أن يكسب هذا الحق بالتقادم ^(١) .

ولكن يجوز للمدعى حق الارتفاق أن يكتفي باثبات حيازته لهذا الحق في دعوى من دعاوى الحيازة ، فيقضى له بحيازة الحق . وفي هذه الحالة لا يكون أمام مالك العقار إلا أن يرفع دعوى إنكار حق الارتفاق على من قضى له بحيازة هذا الحق ، حتى يقضى له هو بأن عقاره خال من حق الارتفاق . ولا يكلف مالك العقار ، هنا أيضا ، إلا باثبات ملكيته لهذا العقار ، فيفترض أن العقار خال من حق الارتفاق ، إلى أن يثبت مدعى هذا الحق وجود حقه ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك ^(٢) .

الفصل الثالث

أسباب انتهاء حق الارتفاق

٦١٧ - يباه هزه أسباب : سبق أن ذكرنا أنه إذا جزئ العقار المرتفق بقي الارتفاق مستحقا لكل جزء منه ، فإذا كان الارتفاق لا يفيد إلا جزءا من هذه الأجزاء فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى (م ٢٤ مدني) . فهذا سبب من أسباب انتهاء حق الارتفاق سبق أن بسطناه ^(٣) ، فلا نعود إليه . وقدمنا كذلك أنه إذا جزئ العقار المرتفق به بقي حق الارتفاق واقعا على كل جزء منه ، فإذا كان الارتفاق لا يستعمل على بعض هذه الأجزاء فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذي يملكه (م ١٠٢٥ مدني) . وهذا سبب آخر من أسباب انتهاء حق الارتفاق ، نكتفي بما سبق أن بسطناه في شأنه ^(٤) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٠ ص ٩٧٢ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١١٥ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٣ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٤ .

وقد ذكر التقنين المدني ، إلى جانب هذين السيين ، أسباباً أخرى لانتهاء حق الارتفاق هي : (١) انقضاء الأجل . (٢) هلاك أحد العقارين . (٣) اتحاد الذمة . (٤) عدم الاستعمال (التادم المسقط) . (٥) استحالة استعمال الحق . (٦) انعدام الفائدة من الحق .

ولم يذكر التقنين المدني سببين آخرين ، اكتفاء بتطبيق القواعد العامة في شأنهما ، وهما : (١) تحقق الشرط الفاسخ ، ويتصل به أى فسخ للملكية صاحب العقار المرتفق به . (٢) نزول صاحب حق الارتفاق عن حقه (١) .
فهذه أسباب ثمانية نبهنا على التعاقب .

٦١٨ - انقضاء الأجل - نص قانوني : تنص المادة ١٠٢٦ مدني على ما يأتي :

« تنتهي حقوق الارتفاق بانقضاء الأجل المعين ، وبهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق هلاكاً تاماً ، وباجتماع العقارين في يد مالك واحد ، إلا أنه إذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالاً يرجع أثره إلى الماضي فإن حق الارتفاق يعود» (٢) .

(١) ولا ينتهي حق الارتفاق ، كما ينتهي حق الانتفاع ، بسوء الاستعمال ، إذ ورد في جواز انتهاء حق الانتفاع بسوء الاستعمال نص خاص (م ٢/٩٨٨ مدني - وانظر آنفاً فقرة ٥١٤) ، ولم يرد نص مقابل في شأن حق الارتفاق . فإذا أساء صاحب حق الارتفاق استعمال حقه ، طبقت القواعد العامة وأجبر على الكف عن ذلك مع التمييز إذا كان له محل (لوبري ورو ٢ فقرة ٢٥٥ ص ١٥٣ - بودري وشوفو فقرة ١١٧٥) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٧ من المشروع التمهيلي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١١٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٧ - ٦٤٨) .
ولامقابل النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٥١/٩٩٣ :

١ - يسقط الارتفاق بالترتين ٢ - ويتم الترتين بمفعول المقود أو الأحكام .
(والقانون السوري أدخل نظام السجل المبني ، ومن ثم يسقط حق الارتفاق بشطبه من السجل المبني ، ويكون ذلك بناء على اتفاق لأحكام)

التقنين المدني الليبي م ١٠٢٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٨١ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٩٠ (تطابق المادة ٩٩٣ سوري . وهذه المادة الأخيرة

مأخوذة منها) .

ويخلص من هذا النص أن حق الارتفاق ينتهى بانقضاء الاجل المعين لانقضائه . وقد قلنا أن حق الارتفاق يجوز أن يقترن بأجل فاسخ أو بأجل واقف (١) . فيجوز الاتفاق إذن ، أو النص في الوصية التي أنشأت حق الارتفاق ، على أن هذا الحق يدوم مدة معينة وينتهى بانقضائها . وهذا أمر نادر ، ويقع عادة إذا رتب حق الارتفاق لفائدة عقار لا يدوم إلا مدة معينة ، كبناء يقيمه المستأجر في العين المؤجرة (٢) .

أما الأصل في حق الارتفاق فهو أن يكون دائماً كحق الملكية (٣) ، ولكن اللوام من طبيعته ، بخلاف حق الملكية فاللوام من جوهره . ومعنى ذلك أنه ما لم يوقت حق الارتفاق بأجل ، فهو دائماً دون حاجة إلى النص على دوامه (٤) . أما حق الملكية فهو دائماً أبداً ، ولا يجوز النص على توقيته (٥) .

٦١٩ - **هملك أحد العقارين** : وتنص المادة ١٠٢٦ مدني ، كما رأينا (٦) ، على أن حق الارتفاق ينتهى بهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق هلاكاً تاماً .

فاذا هلك العقار المرتفق به هلاكاً تاماً (٧) ، بأن كان بناء فانهم أو احترق ولم يجدد ، فان حق الارتفاق ينتهى بزوال المحل . فاذا جدد البناء ، عاد حق الارتفاق ، ما لم يكن قد انتهى بعدم الاستعمال كما سنرى في حالة

(١) فيجوز أن يرتب مالك العقار على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر ، ويضرب لنهاية هذا الحق أجلاً ينتهى عنه انقضائه وهذا هو الأجل الفاسخ ، أو يضرب لبدايته أجلاً لا ينشأ إلا عند حلوله وهذا هو الأجل الواقف (أنظر آنفاً فقرة ٥٥٠) .

(٢) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٩٩٨ ص ٩٨١ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٨ .

(٤) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٤٧ ص ٩٢ .

(٥) آنفاً فقرة ٥٥٠ .

(٦) آنفاً فقرة ٦١٨ .

(٧) أما إذا كان الهلاك جزئياً ، فان حق الارتفاق يبقى قائماً فيما يتعلق بالجزء الباقي بالقدر الذي يمكن به استناله . ويرجع ذلك إلى أن حق الارتفاق لا يتجزأ ، فيتحمل به كل جزء من أجزاء العقار المرتفق به ، فاذا هلك جزء منها بقى على الأجزاء الباقية (أنظر أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٣ هامش ٨) .

استحالة استعمال حق الارتفاق^(١) . وكالهلاك نزع ملكية العقار المرتفق به للمنفعة العامة ، فينتهى حق الارتفاق المترتب عليه ، ولكن صاحب حق الارتفاق يتقاضى تعويضا عن حق ارتفاقه .

وكذلك ينتهى حق الارتفاق بهلاك العقار المرتفق هلاكاً تاماً ، على النحو الذى قدمناه فى هلاك العقار المرتفق به^(٢) . ذلك بأن حق الارتفاق يفترض وجود عقارين ، عتاراً مرتفقاً به وعقاراً مرتفقاً ، فإذا هلك أحدهما انتهى حق الارتفاق . ونزع ملكية العقار المرتفق للمنفعة العامة يعتبر فى حكم هلاكه ، فينتهى حق الارتفاق . بعد أن يكون قد دخل عنصران من عناصر العقار عند تقدير التعويض .

٦٢٠- **نطاق الزم:** وتنص المادة ١٠٢٦ مدنى ، كما رأينا^(٣) ،

على أن حق الارتفاق يقتضى « باجتماع العقارين فى يد مالك واحد ، إلا أنه إذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالاً يرجع أثره إلى الماضى فإن حق الارتفاق يعود » . فاجتماع العقارين فى يد مالك واحد يفقد حق الارتفاق قوامه ، فقد قدمنا أنه يجب أن يكون العقار المرتفق به مملوكاً لشخص غير الشخص الذى يملك العقار المرتفق ، فلا يقوم حق ارتفاق بين عقارين مملوكين لشخص واحد (*Nemini res sua servit*)^(٤) . فإذا ملك صاحب العقار المرتفق العقار المرتفق به ، أو ملك صاحب العقار المرتفق به العقار المرتفق ، أصبح العقاران مملوكين لشخص واحد . وانتهى حق الارتفاق باتحاد الذمة . ذلك بأن مالك العقار المرتفق وهو صاحب حق الارتفاق أصبح هو الذى عليه أيضاً حق الارتفاق بتملكه للعقار المرتفق به فاتحدت الذمة . وكذلك مالك العقار المرتفق به وهو الذى عليه حق الارتفاق أصبح هو أيضاً صاحب حق الارتفاق بتملكه

(١) انظر مابلى فقرة ٦٢٢ .

(٢) ويعود حق الارتفاق إذا أعيد بناء العقار المرتفق (استئناف مغلط ٩ ديسمبر

سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٢) .

(٣) آنفاً فقرة ٦١٨ .

(٤) آنفاً فقرة ٥٤٩ - وانظر نقض فرنسى ٢٦ يناير سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٧ -

للعقار المرتفق فامتدت الذمة كذلك . وتتحده الذمة أيضا إذا ملك أجنبي كلا من العقار المرتفق والعقار المرتفق به في وقت واحد ، إذ يصبح باعتباره مالك العقار المرتفق هو صاحب حق الارتفاق ، وباعتباره مالك العقار المرتفق به هو الذى عليه حق الارتفاق ، فتتحده الذمة بذلك (١) .

واجتماع العقارين في يد مالك واحد على الوجه الذى قدمناه يتم بأى سبب من أسباب كسب الملكية ، كالميراث (٢) . والوصية والعقد والشفعة والتقدم . ويصح أيضا أن يتم عن طريق تخلّى (abandon) صاحب العقار المرتفق ، به عن عقاره للتخلص من التزام عيني ، كالاتزام بدفع نفقات الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه إذا وجد شرط يقضى بتحميله هذا الالتزام (٣) . فعند ذلك تنتقل ملكية العقار المرتفق به إلى صاحب العقار المرتفق بمجرد هذا التخلّى ، وتتحده الذمة في هذا الأخير ، فينتهى حق الارتفاق . وتقول العبارة الأخيرة من المادة ١٠٢٦ مدنى ، كما رأينا (٤) ، ما يأتى :

« إلا أنه إذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالا يرجع أثره إلى الماضي فإن حق الارتفاق يعود » . ويخلص من ذلك أنه يجب التمييز بين فرضين : (الفرض الأول) زوال حالة الاجتماع بأثر رجعى ، كما إذا اشترى صاحب العقار المرتفق العقار المرتفق به ، فامتدت الذمة وانتهى حق الارتفاق ، ثم فسخ البيع أو انفسخ بأثر رجعى . فهنا يعتبر البيع كأن لم يكن ، وكذلك يعتبر اتحاد الذمة المترتب على البيع كأن لم يكن تبعا للبيع ، فيعود حق الارتفاق إلى ما كان عليه (٥) . (الفرض الثانى) ، زوال حالة الاجتماع دون أثر رجعى ، كما إذا اشترى صاحب العقار المرتفق العقار المرتفق به ، فامتدت الذمة وانتهى حق الارتفاق ، ثم باع صاحب العقار المرتفق العقار المرتفق به الذى سبق أن اشتراه . فهنا يبقى أثر البيع الأول لأنه لم يزل بأثر رجعى ، ويبقى ما ترتب عليه من

(١) بودرى وشوفو فقرة ١١٥٣ .

(٢) أنظر في اتحاد الذمة بالميراث بودرى وشوفو فقرة ١٠٥٤ ص ٨٨٨ - ص ٨٨٩ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٦ .

(٤) آنفاً فقرة ٦١٨ .

(٥) المذكرة الإيضاحية . لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٨ .

وانظر دوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٤ - بلانيرل وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٧ (٨٨)

اتحاد الذمة وانتهاء حق الارتفاق ، فلا يعود حق الارتفاق بعد أن انتهى (١) .

٦٢١ - عزم الاستعمال أو التفرغ المصط - نص قانوني : تنص المادة ١٠٢٧ مدني على ما يأتي :

١ - « انتهى حقوق الارتفاق بعدم استعمالها مدة خمس عشرة سنة ، فإن كان الارتفاق مقرراً لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ثلاثاً وثلاثين سنة . وكما يسقط التقادم حق الارتفاق - يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التي يستعمل بها » .

٢ - « وإذا ملك العقار عدة شركاء على الشيوع . فانتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقيين ، كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفاً لمصلحة سائرهم » (٢) .

ويخلص من هذا النص أن حق الارتفاق ينتهي بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة : أو مدة ثلاث وثلاثين سنة إن كان الارتفاق مقرراً لمصلحة عين موقوفة . وعدم الاستعمال (non-usage) هذا معناه التقادم المصط ، وسمى بعدم الاستعمال لأنه يسقط الحقوق العينية كحق الارتفاق وحق الانتفاع ،

(١) ولكن قد ينشأ مع ذلك حق ارتفاق جديد بتخصيص المالك الأصل ، إذا أبقى مالك العقار المرتفق بعد شراء العقار المرتفق به الوضع المادي الذي كان عليه المقاران بشرط أن تكون هناك علامة ظاهرة تم عن هذا الوضع ، فتوافر بذلك شروط نشوء حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصل إذا أعيد الفصل ما بين المقارين ، بأن باع صاحب المقار المرتفق المقار المرتفق به بعد شرائه (أنفاً) فقرة ٥٨٧ - وانظر أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٩ - بودري وشوفو فقرة ١١٥٤ ص ٨٨٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٧ ص ٩٨١ .

(٢) تأريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٨ من المشروع التمهيلي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١١١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٩ - ص ٦٥١) .

ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لامقابل .

التقنين المدني الليبي م ١٠٣٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٨٢ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

فاذا كان يسقط الحقوق الشخصية فانه يسمى بالتقادم المسقط (prescription extinctive) . وعلى ذلك إذا بقى صاحب حق الارتفاق لا يستعمل حقه طول هذه المدة ، فان الحق يسقط بعدم الاستعمال . ويستوى أن يكون علم الاستعمال اختيارياً أو إجبارياً ، فاذا منع من استعمال الحق قوة قاهرة كما إذا نصب معين العين التي تغترف منها المياه ، أو حال صاحب العقار المرتفق به أو الغير دون استعمال الحق ، فان مدة التقادم تستمر مع ذلك في السريان . ويستطيع صاحب حق الارتفاق أن يقطع المدة في هذه الحالة ، بأن يحصل من صاحب العقار المرتفق به على إقرار بحقه ودياً أو قضائياً^(١) . وكل حق ارتفاق ، مستمرا كان أو غير مستمر ، ظاهراً أو غير ظاهر ، إيجابياً أو سلبيّاً ، يسقط بعدم الاستعمال^(٢) . والمدة المقررة لسقوط حق الارتفاق بعدم الاستعمال هي ، كما قدمنا ، خمس عشرة سنة^(٣) ، فان كان حق الارتفاق مقرراً للمصلحة عين موقوفة وفقاً خيراً فالمدة ثلاث وثلاثون سنة وذلك رعاية لجانب الوقف^(٤)

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٥٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٦ .
(٢) أما حق الملكية فلا يسقط بعدم الاستعمال ، ولذلك يدق في بعض الأحوال مرفة ما إذا كنا أمام حق ارتفاق فيسقط بعدم الاستعمال أو أمام حق ملكية مفرزة أو شائعة فلا يسقط بعدم الاستعمال (بودرى وشوفو فقرة ١١٥٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٥) .

(٣) أنظر نقض منذ ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٥ رقم ٢ .

(٤) أما إذا كان حق الارتفاق مترتباً على أرض موقوفة في الحالات التي يجوز فيها ذلك ، فانه يزول بعدم الاستعمال خمس عشرة سنة إذا كان العقار المرتفق عيناً غير موقوفة (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٠) - وقد يكسب شخص بالتقادم القصير ، أى بخمس سنوات ، ملكية عقار قد ترتب عليه حق ارتفاق . فكسبه للملكية العقار لا يترتب عليه سقوط حق الارتفاق بالتقادم ، لأن حق الارتفاق لا يسقط بالتقادم إلا إذا لم يستعمل مدة خمس عشرة سنة ، وهنا لم يستعمل حق الارتفاق إلا خمس سنوات فقط وهى مدة التقادم القصير التي كسبت به ملكية العقار . وعلى ذلك يكسب الحائز ملكية العقار بالتقادم القصير ، ولكن العقار يبقى محملاً بحق الارتفاق إلى أن ينتهى هذا الحق بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة (أنظر آنفاً فقرة ٤١٥ في الهامش - وانظر أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٨ وهامش ٢٣ - بودرى وشوفو فقرة ١١٦٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٤) .

ويبدأ سريان مدة التقادم ، في الارتفاق غير المستمر ، منذ آخر عمل انقطع بعده صاحب حق الارتفاق عن استعمال حقه ^(١) . أما في الارتفاق المستمر ، ويدخل في ذلك الارتفاق السلبى ، فيبدأ السريان من يوم الاتيان بعمل إيجابى يتعارض مع حق الارتفاق ^(٢) . فإذا كان الارتفاق مطلقا ، بدأ سريان المدة من الوقت الذى يبنى فيه صاحب العقار المرتفق به حائطا يسد النافذة ، أو كان ارتفاعا بعدم البناء من الوقت الذى يبدأ فيه صاحب العقار المرتفق به باقامة بناء فى عقاره ^(٣) . وليس يلزم أن الذى يقوم بالعمل الإيجابى المتعارض مع حق الارتفاق هو صاحب العقار المرتفق به نفسه ، فقد يقوم به الغير ، وقد يقع بقوة القاهرة ^(٤) .

وينقطع التقادم ، ويوقف سريانه ، بنفس الأسباب المقررة في انقطاع التقادم المسقط ووقف سريانه ^(٥) . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٧ مدنى سالفة الذكر على أنه : « إذا ملك العقار المرتفق عدة شركاء على الشيوع ، فانتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقيين ، كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفا لمصلحة سائرهم » . فإذا كان العقار

(١) نفى فرنسى ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٤ سريه ١٩٣٥ - ١ - ٦٢ - ٢٦ يناير سنة ١٩٤٤ سريه ١٩٤٥ - ١ - ٢٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٦ - ويقع على عاتق صاحب العقار المرتفق به إثبات آخر عمل انقطع بعده عن استعمال حقه ، حتى إذا كانت مدة التقادم لم تتم منذ هذا العمل لم يسقط حق الارتفاق بمنع الاستعمال (نفى فرنسى ٢٦ يناير سنة ١٩٤٤ سريه ١٩٤٥ - ١ - ٢٠ - أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٧ وهامش ٢١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٧ - وانظر بودرى وشوفو فقرة ١١٦٣) .

(٢) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٩ - بودرى وشوفو فقرة ١١٥٨ وما بعدها بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٦ - عيدين المنم البندراوى فقرة ٢٨٣ .

(٣) ويقع على عاتق صاحب العقار المرتفق به عبء إثبات القيام بعمل إيجابى يتعارض مع حق الارتفاق قسرى من وقت هذا العمل مدة التقادم (بودرى وشوفو فقرة ١١٦٣ ص ٨٩٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٧) .

(٤) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٩ - بودرى وشوفو فقرة ١١٥٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٧ .

(٥) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٦ - ١٤٧ - بودرى وشوفو فقرة ١١٥١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٦ .

المرتفق شائعا بين شركاء متعددين ، فان بقاء أحد هؤلاء الشركاء دون الباقيين متنعجا بحق الارتفاق لا يجعل المدة تسرى في حقه بداهة ، ويقطع في الوقت ذاته سريان المدة بالنسبة إلى الباقيين ، كذلك قطع أحد شركاء التقادم يفيد الباقيين فيقطعه بالنسبة إليهم أيضا ، كما يقع ذلك فيما بين المدينين المتضامين (١) . وإذا كان بين الشركاء قاصر ليس له نائب ، فان التقادم يوقف بالنسبة إليه ، وكذلك يوقف بالنسبة إلى الآخرين ، كما يقع ذلك أيضا فيما بين المدينين المتضامين (٢) . وينتفع سائر الشركاء بانقطاع التقادم أو وقفه بالنسبة إلى أحدهم طول المدة التي يبقى فيها الشيوع قائما . فاذا حصلت القسمة بين الشركاء ، فان كان العقار قد وقع في نصيب نفس الشريك الذي انقطع التقادم أو وقف بالنسبة إليه ، بقي بداهة متنعجا بانقطاع التقادم أو وقفه . أما إذا وقع العقار في نصيب شريك غيره ، فالأثر الرجعي للقسمة كان يقتضي القول بأن الشريك الذي انقطع التقادم أو وقف بالنسبة إليه أصبح أجنبيا عن العقار ، فيعتبر انقطاع التقادم أو وقفه كأن لم يكن ، ومن ثم لا يعتبر التقادم قد انقطع أو وقف بالنسبة إلى الشريك الذي وقع في نصيبه العقار . وعلى هذا الوجه قضت محكمة النقض الفرنسية (٣) . ولكن الفقه الفرنسي يذهب ، على العكس من ذلك ، إلى أن انقطاع التقادم أو وقفه يصبح نهائيا بالنسبة إلى سائر الشركاء أيا كانت نتيجة القسمة ، ولا يعتد بالأثر الرجعي . وهذا هو الرأي الذي يتمشى مع اطلاق النص : سواء في التقنين المدني الفرنسي (م ٧٠٩-٧١٠) ، أو في التقنين المدني المصري (م ٢/١٠٢٧) (٤) .

فاذا اكتملت مدة التقادم ، سقط حق الارتفاق بعدم الاستعمال . ولا يمنع من سقوطه أن يعود صاحب العقار المرتفق إلى استعمال حق الارتفاق بعدا كمال

(١) نقض فرنسي ١٢ يولييه سنة ١٨٦٩ دالوز ٦٩ - ١ - ٤٦٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٩ ص ٩٨٣ .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٠ .

(٣) نقض فرنسي ٣ ديسمبر سنة ١٨٤٥ دالوز ٤٦ - ١ - ٢١ - ٢٩ أغسطس سنة ١٨٥٣ سريه ٥٣ - ١ - ٧٠٧ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٩ ص ٩٨٣ - ص ٩٨٤ .

مدة التقادم ، إلا إذا لم يعترض صاحب العقار المرتفق به على ذلك وفسر عدم اعتراضه على أنه نزول منه عن حقه في التمسك بالتقادم (١) .

وقد رأينا أن آخر الفقرة الأولى من المادة ١٠٢٧ مدني سألقة الذكر يقول : « وكما يسقط التقادم حق الارتفاق ، يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التي يستعمل بها » . فقد يعمد صاحب حق الارتفاق إلى استعمال حقه استعمالاً جزئياً . ويبقى كذلك خمس عشرة سنة . أو ثلاثاً وثلاثين سنة بالنسبة إلى الوقف ، فلا يسقط حق الارتفاق سقوطاً كلياً بعدم الاستعمال . وإنما ينتقص إلى القدر الذي استعمل . ولكن إذا كان حق الارتفاق غير مستمر . وجب التمييز بين فرضين : (١) أن يكون صاحب حق الارتفاق قد استعمله استعمالاً جزئياً وفقاً لحاجاته دون أن يعوقه عن الاستعمال الكلي عائق . كما إذا كان الارتفاق حق مرور مشياً على الأقدام أو ركوباً فظل صاحبه يمر مشياً مدة خمس عشرة سنة دون أن تقتضيه الحاجة أن يمر ركوباً . ففي هذا الفرض يعتبر هذا الاستعمال الجزئي بمثابة الاستعمال الكلي إذا لم يقم عائق دون الاستعمال الكلي ولكن صاحب حق الارتفاق لم يحتاج إلى هذا الاستعمال . فيبقى حق الارتفاق كما هو دون أن ينتقص . (٢) أن يكون قد قام عائق مادي دون الاستعمال الكلي . كأن يكون الطريق قد جعل غير صالح للمرور ركوباً فاضطر صاحب حق المرور أن يمر مشياً على الأقدام مدة خمس عشرة سنة . وفي هذا الفرض ينتقص حق الارتفاق بعدم الاستعمال الجزئي ، ويصبح مقصوراً على المرور مشياً على الأقدام دون المرور ركوباً (٢) . وكما ينتقص حق الارتفاق بعدم الاستعمال الجزئي عن طريق التقادم المسقط ، يجوز كذلك أن يتسع بالإفراط في الاستعمال عن طريق التقادم المكسب . فإذا كان صاحب حق المرور مشياً على الأقدام قد استعمل الطريق للمرور ركوباً مدة خمس عشرة سنة ، فإن حق ارتفاقه يكون قد اتسع على هذا الوجه ، فيصبح حق ارتفاق بالمرور مشياً على الأقدام وركوباً

(١) نقض فرنسي ٧ يولييه سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦ - ١ - ٢٨٥ - ٢٣ يولييه سنة ١٨٦٠

سيريه ٦١ - ١ - ٥٢٦ - بلانيول وريير وييكار ٣ فقرة ٩١٣ ص ٩٧٧ .

(٢) بلانيول وريير وييكار ٣ فقرة ٩١٥ ص ٩٩٧ .

في وقت واحد (١) . وإذا كان قد تعود المرور من طريق آخر غير الطريق الذي خصص له في الأصل ، وظل يمر من هذا الطريق الآخر مدة خمس عشرة سنة . فإن كيفية استعمال حق الارتفاق يكون قد تعدل بالتقادم على هذا الوجه ، وأصبح الطريق الآخر هو الذي يستعمل فيه حق المرور دون الطريق الأصلي (٢) .

٦٢٢- استعمار استعمال من المورثات - نص قانوني : تنص المادة

١٠٢٨ مدني على ما يأتي :

١ - « ينتهي حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق » .

٢ - « ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق ، إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال » (٣) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٠ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد تعديل حال الأمكنة أو طبيعة الأعمال المدة لضمان استعمال الارتفاق لا يترتب عليه قانوناً زوال حق الارتفاق ، إذا كان ذلك لم يتناول إلا طريقة الاستعمال فقط ولم يتعدا إلى الحق نفسه (نقض مدني ٢٤ أبريل سنة ١٩٤١ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٥ رقم ٣) . وانظر في ذلك أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٥١ - بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٦ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٩ من المشروع التمهيلي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١١٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٥١ - ص ٩٥٢) .

ولامقابل النص في التقنين المدني السابق .

ويقال في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣/٩٩٣ : ويحق لقاضي

أن يأمر بالترفين إذا كان الارتفاق غير مجد ، أو غير ممكن الإنفاذ .

(والحكم يتفق مع حكم التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ١٠٣١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٨٣ (موافق) .

قانون الملكية المقارنة اللبناني م ٩٠ (مطابق نص المادة ٣/٩٩٣ سوري ، وهذا النص الأخير مأخوذ منه) .

ونخلص من هذا النص أن حق الارتفاق ينتهى إذا أصبح استعماله مستحيلا .
وتنتج الاستحالة من تغير في وضع الأشياء . سواء كان التغير حادثا في العقار المرتفق به أو في العقار المرتفق (١) . فإذا كان الارتفاق ارتفاعا بالمطل مثلا ، وهدم المنزل المرتفق فانهدمت بهدمه النافذة التي كانت تطل على العقار المرتفق به ، فإن حق الارتفاق ينتهى لاستحالة استعماله بسبب تغير حدث في العقار المرتفق (٢) . وإذا كان الارتفاق ارتفاعا بالمرور ، ثم انحسرت العقار المرتفق به فأصبح لا يمكن الوصول منه إلى الطريق العام ، فإن حق الارتفاق ينتهى كذلك لاستحالة استعماله بسبب تغير حدث في العقار المرتفق به (٣) . والتعبير « بانتهاء حق الارتفاق » وبعودته إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق ، ليس بالتعبير الدقيق . والصحيح أن حق الارتفاق لا ينتهى باستحالة استعماله ، بل يوقف استعماله إلى أن تزول هذه الاستحالة . فإذا ما زالت عاد استعماله إلى ما كان عليه ، ولكن حق الارتفاق نفسه يستمر باقيا ، فهو ! يزل حتى يقال إنه يعود (٤) . وفي التقنين المدني الفرنسي تطبيق واضح لذلك ، فقد نصت المادة ٦٦٥ من هذا التقنين على أنه « إذا أعيد بناء حائط مشترك أو منزل ، فإن الارتفاقات التي كانت للحائط المشترك أو للمنزل ، أو كانت عليه ، تستمر بالنسبة إلى الحائط أو المنزل الجديد ، على ألا تكون أكثر مشقة ، وعلى أن تتم إعادة البناء قبل أن تكتمل مدة التقادم » .
ويجب أن تكون استحالة استعمال حق الارتفاق استحالة تامة ، ولا يكفي

(١) نقض فرنسي لآل أبريل سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ١ - ٢٧٠ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الثابت من الأوراق أن منزل الطاعن ، الذي كان مقرراً لصالحه حق ارتفاق بالمطل ، قد هدم وأعيد بناؤه بوضع أصبح معه لا يتحوى على مطلات أو مناور ، وأصبح في حالة لا يمكن معها استعمال حق المطل ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أساس زوال ذلك الحق ، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٣٢ ص ٧٨٦) .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦

ص ٦٥٢ .

(٤) أنظر استئناف مختلط ٧ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٩١ - نقض فرنسي

١٧ نوفمبر سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٣٣٦ - بودرى وشوفرفرقرة ١١٥٠ - بلانيول

وريبير ويكار ٣ فقرة ٩٩١ ص ٩٧٤ .

أن يصبح الارتفاق أكثر مشقة (١) . ويستوى أن ترجع الاستحالة إلى قوة قاهرة ، أو إلى فعل صاحب العقار المرتفق به ، أو إلى فعل صاحب العقار المرتفق ، أو إلى فعل أجنبي (٢) . ويعود حق الارتفاق إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق ، كما سبق القول . وليس من الضروري أن تعود الأشياء إلى وضعها الأصلي تماما ، بل يكفي أن ترجع إلى وضع تمكن معه العودة إلى استعمال حق الارتفاق دون أن يكون هذا الاستعمال أكثر مشقة (٣) .

وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٨ مدني سالفه الذكر : « ويعود (حق الارتفاق) ... إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال » . فإذا بقي استعمال حق الارتفاق مستحيلا مدة خمس عشرة سنة ، أو مدة ثلاث وثلاثين بالنسبة إلى الوقف ، فإنه لا يعود ، حتى لو عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعماله . ذلك بأن حق الارتفاق في هذه الحالة يكون قد انتهى ، ولكن ليس بسبب استحالة استعماله ، ولكن بسبب عدم الاستعمال (٤) . وهناك رأى يذهب إلى أن استحالة الاستعمال تكون سببا لوقف التقادم ، ومن ثم يجب ألا يستعمل حق الارتفاق خمس عشرة سنة ، أو ثلاثا وثلاثين سنة ، دون أن تحسب المدة التي استحال فيها استعماله ، حتى يسقط الحق بعدم الاستعمال . وهذا هو الرأى الذى أخذت به المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حين قالت : « فان عاد العقار المرتفق به إلى حالته الأولى ... عاد حق الارتفاق » ، إلا أن يكون قد مضى على عدم استعماله المدة التى يسقط بها ، ولا تحسب في هذه المدة الوقت الذى تعذر فيه استعمال (الحق) (٥) . ولكن الرأى الراجح هو عكس ذلك ،

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٠ - بودرى وشوفو فقرة ١١٥٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩١ ص ٩٧٣ .

(٢) ديمولومب ١٢ فقرة ٩٦٥ - فقرة ٩٦٦ - بودرى وشوفو فقرة ١١٥٠ - بلانيول ، ريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩١ ص ٩٧٤ .

(٣) نقض فرنسي ١١ مارس سنة ١٨٧٤ دالوز ٧٤ - ١ - ٣٤٠ - أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤١ - بودرى وشوفو فقرة ١١٥١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩١ ص ٩٧٤ - ص ٩٧٥ .

(٤) إسمايلى غانم ص ٤٢ - وقد ينجم استحالة استعمال حق الارتفاق من هلاك الشيء ، وعنه ذلك ينتهى حق الارتفاق بالهلاك (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٢) .

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٢ - وانظر في هذا المعنى Toullier ٣ فقرة ٦٩٠ ملوكاديه المادة ٧٠٣ والمادة ٧٠٤ Toullier - ٢ ص ٤٦٢ - Solon ص ٥٥٥ .

فحسب المدة التي استحال فيها استعمال حق الارتفاق في سقوط هذا الحق بعلم الاستعمال (١) .

٦٢٣ - انصرام الفائدة من حق الارتفاق - نص قانوني : تنص المادة

١٠٢٩ مدني على ما يأتي :

« لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه ، إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لاتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » (٢) .

ويخلص من هذا النص أن حق الارتفاق يجوز التحرر منه إذا فقد كل منفعة للعقار المرتفق ، أو أصبحت فائدته محدودة لاتتناسب البتة مع العبء الذي يلقيه على العقار المرتفق به . مثل ذلك أن يكون الارتفاق حق شرب ، واستطاع مالك العقار المرتفق أن يحفر بئراً إرتوازية في أرضه تغنيه ، هي وموارد المياه الأخرى التي عنده دون نظر لحق الشرب ، عن هذا الحق الأخير ، أو في القليل تجعل حق الشرب فائدته محدودة لاتتناسب البتة مع العبء الذي يتحمله العقار المرتفق به من جراء حق الشرب . ففي هذه الحالة يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب التخلص من حق الارتفاق ، ولو دون موافقة صاحب العقار المرتفق . فقد وازن القانون بين مصلحتين ، مصلحة صاحب

(١) ديمولوب ١٢ فقرة ٩٧٩ - ديرانتون ٥ فقرة ٦٥٥ - أوبري ورد ٣ فقرة

٢٥٥ ص ١٤٢ هامش ٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠٠ من المشروع التمهيلي حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١١٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١١٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٣ - ص ٦٥٤) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣/٩٩٣ : ويحق للقاضي أن يأمر بالترقيق إذا كان لارتفاق غير مجد ، أو كان غير ممكن الإنفاذ .

(والحكم يتفق مع حكم التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ١٠٣٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٨٤ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٩٠ (مطابق لنص م ٣/٩٩٣ من التقنين السوري ،

وهذا النص الأخير مأخوذ منه) .

العقار المرتفق في بقاء الارتفاق وقد انعدمت أو أصبحت منقطة محدودة ، ومصصلحة صاحب العقار المرتفق به في زوال الارتفاق وقد أصبحت هي المصلحة الراجعة إذ تفوق كثيرا مصلحة صاحب العقار المرتفق في بقاء الارتفاق ولما كانت حقوق الارتفاق تلقى أعباء ثقيلة على العقارات المرتفق بها ، فقد أثر القانون تحرير العقار المرتفق به من حق الارتفاق في الحالة التي نحن بصددھا ولو اقتضى الأمر أن يدفع مالك العقار المرتفق به تعويضا مناسباً لمالك العقار المرتفق في مقابل زوال حقه دون رضائه . فهذا ضرب من اسرداد (rachat) حق الارتفاق ، يتم دون رضاء صاحب الحق ، لقيام مصلحة تبرر ذلك . أما إذا انعدمت كل فائدة لحق الارتفاق ، فان مالك العقار المرتفق به يستطيع أن يتحرر منه دون دفع أي تعويض ، إذا لم يصب مالك العقار المرتفق ضرر من زوال حق الارتفاق حتى يطلب التعويض عنه .

وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ، عند اختلاف الطرفين ، ما إذا كان حق الارتفاق قد فقد كل منفعة أو أصبحت منفعته محدودة ، فيقضى بتحرير العقار المرتفق به من هذا الحق ، ويقدر أيضا التعويض المستحق لمالك العقار المرتفق إن كان للتعويض محل (١) .

٦٢٤- تحقق الشرط الفاسخ وفسخ ملكية صاحب العقار المرتفق به :
وقد يكون حق الارتفاق معلقا على شرط فاسخ ، فان حق الارتفاق يجوز تعليقه على الشرط كما يجوز اقراره بالأجل . وهنا يجب تطبيق القواعد العامة ، فإذا تحقق الشرط الفاسخ ، زال حق الارتفاق . ولكن لا يكون لزواله أثر رجعي ، فان طبائع الأشياء تأتي أن تمتدح المدة التي بقي فيها حق الارتفاق قائما قبل تحقق الشرط الفاسخ واعتبار هذه المدة كأن لم تكن (٢) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد في هذا النص : «ينشئ حق الارتفاق أخيراً إذا لم تصح له فائدة ، أو أصبحت فائدته محدودة لانتساب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به ، كما إذا كان الارتفاق حق مرور وانفتحت للعقار المرتفق سبل أخرى إلى الطريق العام أقرب وأيسر . فيجوز لصاحب العقار المرتفق به ، في هذه الحالة ، أن يطلب تحرير عقاره من حق الارتفاق ، على أن يدفع تعويضاً مناسباً إذا كان هناك محل لذلك (مجموعة الأعمال التمهيدية ٦ ص ٦٥٣) .

(٢) أوبري ورد ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٥٢ - بودزي وشوفو فقرة ١١٧٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٨ .

وإذا فسخت ملكية من أنشأ حق الارتفاق للعقار المرتفق به بسبب من أسباب الفسخ . فهنا أيضا يجب تطبيق القواعد العامة . وهذه تقضى بأن من أنشأ حق الارتفاق يعتبر غير مالك للعقار المرتفق به بأثر رجعي ، ويتبين أنه كان لا يملك ترتيب حق ارتفاق على عقار لم يكن يوما ما ملكا له . ومن ثم يزول حق الارتفاق ، بزوال ملكية العقار المرتفق به (١) .

ولكن فسخ ملكية صاحب حق الارتفاق للعقار المرتفق لا يزيل حق الارتفاق (٢) ، لأن اشتراط المالك حق ارتفاق لفائدة عقاره يعتبر من أعمال الإدارة الحسنة التي لا تزول بفسخ ملكية هذا المالك ، ومن ثم يبقى حق الارتفاق هذا تابعا للعقار ، في أى يد ينتقل إليها هذا العقار بعد الفسخ .

٦٢٥ - نزول صاحب حق الارتفاق عن عقار : وقد ينزل صاحب حق الارتفاق عن حقه بإرادته المفردة ، فينتهى هذا الحق بالنزول عنه .

والتزول قد يكون صريحا ، وقد يكون ضمينا . فإذا كان ضمينا ، وجب استخلاصه من وقائع ثابتة يفهم منها حتما معنى التزول . فيعتبر نزولا ضمينا أن يشهد صاحب حق الارتفاق على عقد بيع واقع على العقار المرتفق به ، وقد ورد في شروط البيع أن العقار المبيع خال من أى حق ارتفاق ، وذلك دون أن يتحفظ صاحب حق الارتفاق . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى استخلصت محكمة الموضوع التنازل الضمني استخلاصا سائفا من مقدمات تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها ، فلا محقق عليها في ذلك لتعلقه بتقدير موضوعي من سلطاتها المطلقة (٣) . وقضت أيضا بأن التنازل الضمني يمكن استخلاصه في حقوق الارتفاق التباعدية ، التي يكون سبب التزام مالك العقار باحترام حق الارتفاق المترتب على عقاره لمصلحة عقار آخر هو التزام مالك هذا العقار الآخر باحترام الارتفاق المقابل المقرر لمصلحة مالك العقار الأول . فاذا خرج أيهما عن الالتزام

(١) أوبري ورو ٣ ققرة ٢٥٥ ص ١٥٢ - بودري وشوفو ققرة ١١٧٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٩٩٨ ص ٩٨٢ .

(٢) بيزانسون ٢٥ يولي سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ٢ - ٧٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٩٩٨ ص ٩٨٢ هامش ٢ .

(٣) نقض ملق ٢٨ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١٩ ص ٧٥٨ .

المفروض عليه وخالف شروط عقده أو قيوده ، فانه يكون قد أسقط حقه في إلزام جاره مالك العقار الآخر بتنفيذ التزامه الذي يفتو بلا سبب . ذلك بأن التنازل عن حقوق الارتفاق ، كما يكون صريحاً ، يجوز أن يكون ضمناً ، إذ لم يشترط القانون لتحقيقه صورة معينة (١) . ولكن لا يعتبر نزولاً ضمناً أن يترك صاحب حق الارتفاق أعمالاً تتم متعارضة مع حق ارتفاقه ، دون أن يعترض (٢) .

ولما كان النزول عن حق الارتفاق إرادة منفردة صادرة من صاحب هذا الحق كما قدمنا ، فهو ليس في حاجة إلى قبول مالك العقار المرتفق به (٣) ، وينتج أثره بصدوره من صاحب العقار المرتفق وإعلانه لصاحب العقار المرتفق به (٤) . ولكنه لا يسرى في حق الغير ، كشرط للعقار المرتفق ، إلا إذا سجل قبل تسجيل هذا الشراء ، وفقاً للقواعد المقررة في التسجيل (٥) .

- (١) نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٨٧ ص ٥٣٨ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً الجزء الأول ص ١٦٩ رقم ٢٠ .
- (٢) نقض فرنسي ٦ نوفمبر سنة ١٨٨٩ دالوز ٨٩ - ١ - ٤٧٣ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٥٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٨ ص ٩٨٢ هامش ٣ .
- (٣) استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٤ .
- (٤) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٥٢ - بودري وشوفو فقرة ١١٧٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٨ ص ٩٨٢ .
- (٥) أنظر نقض مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٩ رقم ٢١ - وقد قضت محكمة النقض بأن التنازل يعتبر ملزماً للتنازل بما يمنحه من توجيه طلبات إلى المتنازل له تنطوي على إنكار لهذا التنازل . ولا يمنع من ذلك أن يكون التنازل ما يجب تسجيله ، إذ لا يترتب على عدم التسجيل سوى تراخي زوال الحق الذي كان التنازل عنه . فإذا كان الطرفان قد أقاما دعواهما بطلب تمويض عن مخالفة المعلوم عليه لقيود البناء ، وذلك بعد أن كانا قد تنازلا عن هذه القيود ضمناً ، بما يعتبر منه هذا الطلب إنكاراً ضمناً للتنازل الصادر من جانبها ، فإذ الحكم المعلوم فيه إذا عتد بهذا التنازل ورتب عليه آثاره لا يكون مخالفاً لقانون (نقض مدني ٢٨ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١٩ ص ٧٥٨) .

فهرس

القسم الاول

اسباب كسب الملكية

تمهيد

صفحة

٥	التقسيم العلمى لأصناف كسب الملكية
٧	التقسيم العلمى لأصناف كسب الملكية
١١	خطة البحث
	الباب الأول - كسب الملكية ابتداء عن طريق الاستيلاء
	الباب الثانى - كسب الملكية بسبب الوفا (الميراث والوصية)
	الباب الثالث - كسب الملكية فيما بين الأحياء (الاتصاف والمقد
	والشفعة والحيازة) ..

الباب الأول

كسب الملكية ابتداء عن طريق الاستيلاء

١٢	التمييز بين المنقول والمقار
١٣	المبحث الأول - الاستيلاء على المنقول
١٣	المنقول الذى لا مالك له ..
١٥	كيف يتم الاستيلاء على المنقول الذى لا مالك له ..
١٧	§ ١ - المنقول الذى ليس له مالك منذ البداية
١٧	الشيء المشترك
١٨	صيد البر والبحر ..
٢٢	الحيوانات غير الأليفة ..
٢٥	§ ٢ - المنقول الذى كان له مالك ..
٢٥	الأشياء المتروكة ..
٢٦	الكنتز

٣٥	الفئة (الأشياء الضائعة)
٤٠	الأشياء الأثرية
٤٤	التركة التي لا وارث لها
٤٧	المبحث الثاني — الاستيلاء على العقار
٥٠	تحديد الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها فتكون ملكاً للدولة
٥٢	عدم جواز الاستيلاء على العقار بعد صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤
٥٧	كيف تمت الأراضي الصحراوية طبقاً لأحكام القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ثم طبقاً لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤
٦٠	تملك الأراضي الصحراوية طبقاً لأحكام الفقرة الثالثة المحذوفة من المادة ٨٧٤ مدني
٦٨	حقوق النهر في الأراضي الصحراوية السابقة على القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤

الباب الثاني

كسب الملكية بسبب الوفاة

الفصل الأول

الميراث

٧٨	المبحث الأول — تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث
٧٨	الشريعة الإسلامية تطبق على جميع المصريين وفي جميع مسائل الميراث
٨٠	١٥ — تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم
٨٠	قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣
٨١	الأحكام العامة في الميراث : سبب استحقاق الإرث — ما يستحق من التركة قبل ارث الورثة — الموانع من الإرث
٨٢	الإرث بالفرض (أصحاب الفروض) : الأب والجد الصحيح — أولاد الأم — الزوج والزوجة — البنات وبنات الابن — الأخوات الشقيقات والأخوات لأب — الأم والجدة الصحيحة
٨٣	المول والرد
٨٤	المعبة بالنفس : النية فالأبوة فالأخوة فالعمومة

صفحة

- المصبة بالنفیر : البنات مع الأبناء - بنات الابن مع أبناء
الابن - الأخوات الشقيقات مع الإخوة
- ٨٤ الأشقاء والأخوات لأب مع الإخوة لأب
للمصبة بالنفیر : الأخوات الشقيقات أو لأب مع البنات
- ٨٥ أو بنات الابن
- ٨٥ إرث ذوی الأرحام :
- ٨٥ الصنف الأول : أولاد البنات وأولاد بنات الابن
- ٨٥ الصنف الثاني : الجد غير الصحيح والجدّة غير الصحيحة
انصنف الثالث : أبناء الإخوة لأم وأولادهم - وأولاد
الأخوات - وبنات الإخوة وأولادهم -
وبنات أبناء الإخوة الأشقاء أو لأب -
- ٨٥ وأولادهم
- ٨٦ الصنف الرابع : ست طوائف
- ٨٧ ٢٩ - انتقال التركة من المورث إلى الوارث
- ٨٩ انتقال حقوق التركة إلى الورثة :
- أعيان التركة - الحقوق العينية الأصلية إلا ما يتقضى بالموت -
- ٩٠ حقوق العينية النجمية
- ٩١ حقوق غير المالية
- ٩١ الحقوق المالية المتصلة بشخص المورث - حق الإجل في الدين
الحقوق المالية التي تتصل بمشئنة المورث لا بما له - الخيارات
- ٩٣ وحق الأخذ بالشفعة
- ٩٥ متى تنتقل حقوق التركة إلى الورثة :
- ٩٥ عند المالكية
- ٩٥ عند الحنفية
- عند الشافعية في المذهب الجديد والحنابلة في أشهر الروايتين
- ٩٦ وفي القانون المصري
- هل تنتقل ديون التركة إلى الورثة أسوة بحقوقها - مدى نطاق
- ٩٧ القاعدة التي تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين :
- في أية ذمة يبقى دين التركة بعد موت المورث - اختلاف
- ٩٩ المذاهب الفقهية :
- عند الحنفية والشافعية يبقى الدين في ذمة الميت ويفترض
- ٩٩ بقاء ذمته
- ٩٩ عند المالكية يتعلق الدين بالتركة نفسها لا بصفة الميت ...
- بعض الحنابلة يقولون قول الحنفية والشافعية وبعضهم

صفحة

١٠٠	يقولون قول المالكية رأى ثالث عند الحنابلة ينهب إلى أن الدين يتعلق بصفة الوارث في حدود ما يرث ، وهذا الرأي يتفق مع	
١٠٠	القانون المصري حكم تصرف الورقة في أعيان التركة قبل سداد الديون وما يجب من الحماية لحقوق دائي التركة :	
١٠١	الفرص الأساس في المذاهب المختلفة هو حماية دائي التركة	
١٠٤	القانون المصري يحمي حقوق الدائنين عن طريق تشييل أموال	
١٠٥	التركة بحق عيني خاضع الشهر	
١٠٩	تنظيم حماية حقوق دائي التركة في القانون المصري	المبحث الثاني
١٠٩	بالمريضان اللذان نظمهما القانون :	
١٠٩	نظريه الأول - طريق الإجراءات الفردية	
١١١	الطريق الثاني - طريق الإجراءات الجماعية	
١١٢	طريق الإجراءات الفردية	المطلب الأول
١١٥	من يقوم بشهر الدين	
١١٦	كيف يكون شهر الدين	
١١٨	حالة شهر الدين في خلال سنة من شهر حق الإرث	
١٢٢	حالة شهر الدين بعد انقضاء سنة من شهر حق الإرث	
١٢٣	حالة عدم شهر الدين أصلا :	
١٢٣	الفرص الأول - ألا يكون الوارث قد شهر حق إرثه	
١٢٤	الفرص الثاني - أن يكون الوارث قد شهر حق إرثه	
١٢٥	طريق الإجراءات الجماعية (التصفية الجماعية للتركة)	المطلب الثاني
	التصفية الجماعية لتركة أمر اختياري وهو على كل حال أمر	
١٢٥	استثنائي	
١٢٦	معى أن تصفية التركة هي تصفية جماعية	
١٢٧	مراحل التصفية الجماعية للتركة : مراحل أربع	
١٢٨	١ - المرحلة الأولى - تعيين مصف للتركة	
١٣٠	كيف يمين المصفي :	
١٣١	تثبيت وصى التركة	
١٣٢	تعيين مصف للتركة	
١٣٤	قيد الأوامر الصادرة بتعيين المصفين :	
٣٦	الأثران المترتبان على قيد أمر تعيين المصفي :	
	لا يجوز التصرف في أموال التركة ولا استيفاء مالم	

صفحة

١٣٦	من ديون ..
١٣٨	لا يجوز اتخاذ أى إجراء فردى على أموال التركة .
١٤١	كيف تنتهى مهمة المصنف .
١٤١	تنتهى مهمة المصنف فى الأصل بانتهاء التصفية .
١٤١	تنتهى مهمة المصنف قبل انتهاء التصفية بتسوية .
١٤١	تنتهى مهمة المصنف قبل انتهاء التصفية بموته ..
١٤٢	تنتهى مهمة المصنف قبل انتهاء التصفية بمرله .
١٤٣	٢٩ - المرحلة الثانية - جرد التركة بمالها وما عليها
١٤٣	تسلم المصنف أموال التركة وما يتعلق بأجرة وبنفقات تصفية :
١٤٤	تسلم المصنف لأموال التركة ..
١٤٤	تحديد أجر المصنف ...
١٤٤	نفقات التصفية ...
١٤٥	مصرفات قسمة أموال التركة ...
١٤٥	اتخاذ الاحتياطات المستحقة للمحافظة على التركة :
	وضع الأختام على الغرف والقاعات التى تحتوى على الأثاث
١٤٦	الفاخر وعلى الخزائن والدواليب التى تحتوى على الأشياء الثمينة
	إيداع النقود والأوراق المالية والحل والجواهر وغيرها فى
١٤٦	أحد المصارف .
١٤٧	تقدير قيمة هذه الأشياء وإدراجها فى قائمة الجرد ...
١٤٧	تجهيز الميث وصرف نفقة مؤقتة لمن كان الميت يعولهم من ورثة
١٤٨	تسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه ...
١٤٩	تقدير نفقة مؤقتة للورثة الفنين كان المورث يعولهم ..
١٥٠	إدارة التركة ومسئولية المصنف من الإدارة ...
	الوسائل التحفظية كتفدية الرهن وقطع التقادم وحجز ما للمدين
١٥٠	لدى التبرع والمجزز التحفظى ..
	أعمال الإدارة المألوقة كبيع الموصول وقبض الفلة والديون
١٥١	المستحقة والنيابة عن التركة فى الدعاوى ...
١٥١	مسئولية المصنف هى مسئولية الوكيل المأجور ...
	تكليف دائى التركة ومدينها بتقديم بيان عما لهم من حقوق
١٥٢	وما عليهم من ديون :
١٥٣	توجيه تكليف على لدائى التركة ومدينها ...
١٥٣	المواعيد الواجب مراعاتها فى هذا التكليف ...
١٥٤	الطرق المختلفة لنشر هذا التكليف ...

- ١٥٤ جرد حقوق التركة وديونها :
- ١٥٦ وسائل إحصاء ما لتركه من أعيان وحقوق وما عليها من ديون
- ١٥٧ تقدير قيمة أموال التركة والاستماعة بتجديد عند الاقتضاء ...
- ١٥٧ عقوبة من استولى غشاً على شيء من أموال التركة ولو كان وارثاً
- إعداد قائمة بجرد التركة وإيداعها قلم كتاب المحكمة وإخطار
- ١٥٨ ذوى الشأن بهذا الإيداع
- ١٥٩ الفصل في المنازعات المتعلقة بالجرد :
- ١٦٠ المنازعات في قائمة الجرد
- ١٦١ فحص المحكمة للمنازعات فحصاً مبدئياً
- ١٦٢ صدور أمر في شأن هذه المنازعات
- ١٦٢ § ٣ - المرحلة الثالثة - تسوية ديون التركة
- ١٦٣ متى توفى ديون التركة ومن أين توفى :
- الوفاء بالديون غير المتنازع فيها إذا كانت التركة موسرة
- ١٦٤ والوفاء بالديون الأخرى عند انتهاء النزاع
- وفاء الديون من نقود التركة وما يقتضيه المصنف من حقوقها
- ١٦٦ في ذمة مدينها
- ١٦٦ وفاء الديون من الأوراق المالية التي في التركة
- ١٦٦ وفاء الديون من سفوفات التركة ثم من عقاراتها
- ١٦٧ تسجيل الوفاء بالديون المؤجلة :
- ١٦٨ تسجيل الدين لدى القوائد بالتطبيق للمادة ٥٤٤ منق
- ١٦٩ تسجيل الدين الذي لا فوائد له
- ١٦٩ استبقاء أجل الديون وتوزيعها على الورثة :
- توزيع الديون المؤجلة مع أموال التركة بحيث يكون نصيب
- ١٧٠ كل وارث معادلاً لصاق حصته من الإرث
- ١٧٠ جواز ترقيب ضمانات خاصة للدائنين
- ١٧١ استبقاء الدائن لتأنيته الخاص
- ١٧١ السبب في إضافة التأنيات التكميلية
- ١٧٢ جواز تسجيل أحد الورثة لديه المؤجل
- ١٧٢ وفاء الديون التي لم تظهر في قائمة الجرد :
- رجوع هؤلاء الدائنين على الورثة في أموال التركة التي
- لا تزال في أيديهم
- ١٧٣ رجوع هؤلاء الدائنين على الورثة إذا تصرف هؤلاء في أموال

صفحة

١٧٤	التركة بموجب إثراء الوارث على حساب الدائن
١٧٤	استيفاء هؤلاء الدائنين حقهم في الرجوع على أموال التركة
١٧٤	التي لا تزال في أيدي الورثة
١٧٤	تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف
١٧٤	تنفيذ التكاليف التي على التركة كالضرائب
١٧٤	تنفيذ الوصايا في حدود نصاب الوصية
	§ ٤ - المرحلة الرابعة - تسليم أموال التركة للورثة خالية
١٧٥	من الديون وقسمة هذه الأموال
١٧٦	تسليم ما بقي من أموال التركة بعد تصنيفها للورثة :
	تسليم المحكة شهادة الإرث للوارث بعد أن يقدم هذا الإعلام
١٧٧	الشرعي للورثة
١٧٨	شهر الوارث حقه في الإرث عن طريق تسجيل هذه الشهادة
	جواز تسليم الوارث لكل نصيبه أو بعضه بمجرد انقضاء الميعاد
١٧٩	المقرر مسانعات المتعلقة بالجرد
١٧٩	قصة المصفي للتركة :
١٨١	طلب الوارث تسليم نصيبه مفرزاً
١٨١	تجنب حبس الوارث بالاتفاق مع الورثة
١٨١	رفع دعوى القسمة إذا تعذر اتفاق الورثة
١٨١	أحكام خاصة تنفرد بها بعض أموال التركة عند قسمتها : ...
١٨٢	الأوراق الماثلية والأشياء التي تتصل بماطة الورثة نحو المورث
١٨٣	المستغل الزراعي أو الصناعي أو التجاري
١٨٤	الديون التي للتركة على مدنيها
١٨٥	قصة المورث
	جواز زيادة نصيب الوارث في هذه القسمة بمقدار نصاب
١٨٦	الوصية
١٨٧	جواز إفراز نصيب بعض الورثة دون بعض
١٨٧	قصة المورث هي وصية وقسمة
	الحالات التي لا تتناول فيها قسمة المورث كل أموال التركة أو
١٨٨	كل الورثة أو كل ديون التركة :
١٨٨	عدم تناول القسمة كل أموال التركة
١٨٩	عدم تناول القسمة كل الورثة
١٩٠	عدم تناول القسمة كل ديون التركة

١٩١	شهر حق الإرث	المبحث الثالث
١٩١	خضوع حق الإرث لشهر منذ قانون تنظيم الشهر العقارى	
١٩٤	كيف يتم شهر حق الإرث طبقاً لقانون تنظيم الشهر العقارى	
١٩٥	من يقوم بشهر حق الإرث	
١٩٥	المهر الذى يسجل	
١٩٦	عدم دفع رسم عن شهر حق الإرث ..	
		جزاء عدم شهر حق الإرث : تنتقل إلى الوارث ملكية	
١٩٦	نصيبه ولكن لا يجوز شهر تصرفه في هذا النصيب	
١٩٧	تصر الشهر على جزء من عقارات التركة	
١٩٧	إجراءات شهر حق الإرث طبقاً لقانون تنظيم الشهر العقارى :	
١٩٧	طلب شهر حق الإرث	
١٩٨	المستندات التى ترفق بطلب شهر حق الإرث	
٢٠٠	عملية الشهر	
٢٠١	شهر حق الإرث في قانون السجل العيى :	
٢٠٢	جزاء عدم الشهر هو عدم جواز تصرف الوارث	
٢٠٢	تقديم طلب التقييد إلى مأمورية السجل العيى	
		الفروق ما بين شهر حق الإرث في قانون السجل العيى وشهره	
٢٠٢	في قانون تنظيم الشهر العقارى	

الفصل الثانى

الوصية

٢٠٦	تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الوصية	المبحث الأول
		قانون الوصية المستند من الشريعة الإسلامية هو الذى يرسى على	
٢٠٦	الوصية لجميع المصريين :	
٢٠٦	قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ومشملاته	
٢٠٧	الأحكام الرئيسية التى اشتمل عليها قانون الوصية	
٢٠٧	شكل الوصية وشروط صحتها :	
٢٠٨	شكل الوصية - أحد أشكال ثلاثة	
٢٠٨	شروط صحة الوصية بالنسبة إلى الموصى	
٢٠٩	شروط صحة الوصية بالنسبة إلى الموصى له	
٢٠٩	شروط صحة الوصية بالنسبة إلى الموصى به	
٢١٠	رجوع الموصى عن الوصية :	

صفحة

رجوع الموصى صراحة أو دلالة	٢١٠
مالا يعتبر رجوعاً في الوصية .	٢١٠
قبول الموصى له الوصية ورده إياها :	٢١٠
قبول الموصى له الوصية أو ردها يكون بعد وفاة الموصى	٢١٠
موت الموصى له قبل القبول أو الرد وقيام ورثته مقامه	٢١١
إبلاغ الموصى له بالوصية بإعلان رسمي ومضى ثلاثين يوماً	
على ذلك	٢١١
الموصى له :	٢١١
الوصية للمعموم والوصية بالمنافع لطبقتين والوصية لمن	
لا يحصون	٢١١
الوصية لمعينين	٢١١
الوصية للحمل	٢١١
الموصى به :	٢١٢
الوصية بالثلث للوارث وغيره	٢١٢
الوصية بسهم شائع في التركة	٢١٤
الوصية بمنفعة العين	٢١٥
الوصية بالمراتب	٢١٦
الوصية الواجبة :	٢١٦
متى تكون الوصية الواجبة	٢١٦
الوصية الواجبة مقفلة على غيرها من الوصايا	٢١٧
— حماية الورثة من "رعايا المستترّة"	٢١٨
حالتان يحى فيهما الوارث من الوصايا المستترّة	٢١٨
الحالة الأولى — التصرفات التي تصدر من المورث في مرض الموت :	٢٢٠
الشرط الأول — التصرف صادر في مرض الموت :	٢٢١
أى تصرف وليس البيع فقط	٢٢٢
عبه إثبات أن التصرف قد صدر في مرض	
الموت	٢٢٢
الشرط الثاني — التصرف مقصود به التبرع :	٢٢٤
أكثر ما يقع ذلك في البيع وقد ورد فيه نص	
خاص	٢٢٤
عبه إثبات أن التصرف مقصود به التبرع	٢٢٥
الحالة الثانية — التصرفات التي يحتفظ فيها المورث بحياة العين	
وبحقة في الانتفاع بها مدى حياته :	٢٢٥

المبحث الثاني

صفحة

٢٢٦	في عهد التقنين المدني القديم
٢٢٧	المشروع التمهيدى والتصرف لغير الوارث
	التقنين المدني الجديد واحتفاظ المورث بحيازة العين والانتفاع
٢٢٩	بها مدى الحياة
٢٣٣	القرينة قرينة قانونية غير قاطعة ..
٢٣٤	وحسن القرينة
٢٣٤	عدم دحض القرينة وبقاؤها قائمة
٢٣٥	شهر الوصية ..

المبحث الثالث

٢٣٥	خضوع الوصية لشهر منذ قانون تنظيم انشهر العقارى
٢٣٦	كيف يتم شهر الوصية طبقاً لقانون تنظيم انشهر العقارى :
٢٣٦	مضى شهر الوصية
٢٣٧	من يقوم بشهر الوصية
٢٣٧	المحرر الذى يسجل
٢٣٧	دفع رسم نسي عن تسجيل الوصية
	جزاء عدم تسجيل الوصية : عدم انتقال ملكية العقار الموصى
٢٣٧	به لا بالنسبة إلى الغير ولا بين ذوى الشأن
٢٣٨	إجراءات شهر الوصية طبقاً لقانون تنظيم انشهر العقار
	الصورة الأولى : الموصى له يقوم بتسجيل الوصية الموثقة
	في ورقة رسمية أو المحررة في ورقة عرفية
٢٣٩	مصدق فيها على إمضاء الموصى أو ختمه
	الصورة الثانية : الموصى له يقوم بتسجيل الوصية المكتوبة
٢٣٩	كلها بخط الموصى وعليها إمضاءه
٢٤٠	الصورة الثالثة : الموصى يقوم في حال حياته بتسجيل الوصية
٢٤٠	الصورة الرابعة : الوصية الواجبة
٢٤١	شهر الوصية في قانون السجل المبنى :
	جزاء عدم الشهر هو أن ملكية العقار الموصى به لا تنتقل إلى
٢٤١	الموصى حتى بين ذوى الشأن ..
٢٤٢	تقديم طلب القيد إلى مأمورية السجل المبنى
	الفرق ما بين القيد في السجل المبنى والتسجيل في قانون تنظيم
٢٤٢	الشهر العقارى : القيد حجة مطلقة ..

الباب الثالث

كسب الملكية فيما بين الأحياء

الفصل الأول

الاتصاق

صفحة

٢٤٣	مقومات الاتصاق وتكييفه القانوني : ..
						بقومات الاتصاق : الانفماج والتميز واختلاف المالك
٢٤٣	وانعدام اتفاق سابق ..
						التكييف القانوني للاتصاق : واقعة مادية مكتبة للملكية جديدة
٢٤٤	(بخلاف ملكية الثمار فهي نفس الملكية الأصلية)
٢٣٧	ما استحدثت التقنين المدنى الجديد من الأحكام فى الاتصاق
٢٤٨	أحوال الاتصاق :
٢٤٨	الاتصاق الطبيعي بالعقار
٢٤٨	الاتصاق الصناعي بالعقار
٢٤٨	اتصاق المنقول بالمنقول

المبحث الأول — الاتصاق الطبيعي بالثمار (الاتصاق المنقول

٢٤٨	بالأرض بفعل أشياء)
٢٥١	فصل مياه البحر والمياه الراكدة كالبحيرات والبرك
٢٥٢	فصل مياه النهر عن طريق تراكم الطمي :
						شروط تراكم الطمي : طريقة تدريجية غير محسوسة —
٢٥٢	علو الطمي أعلى منسوب المياه — ملاصقته للأرض المجاورة
						حكم الطمي : منكيته لماك الأرض المجاورة بطريق
٢٥٤	الاتصاق
٢٥٥	طرح النهر وأكله :
٢٥٧	قانون رقم ١٠٠ هو القانون المعمول به الآن
						طرح النهر يملك للدولة ملكية خاصة ويوزع على صغار الفلاحين
٢٥٨	طبقاً لأحكام قانون الإصلاح الزراعى
٢٥٩	تمويض أصحاب أكل النهر تمويضاً نقدياً

المبحث الثاني — الالتصاق الصناعي بالعقار (التصاق المنشآت

صفحة

بالأرض بفعل الإنسان) ٢٦٠

مالك الأرض يعتبر مالكا للمنشآت التي فيها : ٢٦٠

قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس ٢٦١

الدليل المكسي الذي يدحض هذه القرينة ٢٦٢

صور ثلاث تملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق : ٢٦٣

صاحب الأرض هو الباقي في أرضه بأدوات مملوكة لغيره ٢٦٣

صاحب الأدوات هو الباقي في أرض غيره ٢٦٤

الباقي يني في أرض غيره وبأدوات غيره ٢٦٤

المطلب الأول — الصورة الأولى — صاحب الأرض هو الباقي في

أرضه بأدوات مملوكة لغيره ٢٦٧

صاحب الأرض حسن النية : ٢٦٨

صاحب الأرض يملك الأدوات بالحيازة ٢٦٨

صاحب الأرض لا يملك الأدوات بالحيازة ٢٦٨

صاحب الأرض سيء النية : ٢٦٩

الفرض الأول — نزع الأدوات يلحق بالمنشآت ضرراً جسيماً ٢٦٩

الفرض الثاني — نزع الأدوات لا يلحق بالمنشآت ضرراً

جسيماً : ٢٧١

دعوى الاسترداد ترفع في ميعاد ستة .. ٢٧١

دعوى الاسترداد لا ترفع في ميعاد ستة ٢٧٢

وضع متقول في الأرض غير أدوات البناء ٢٧٣

المطلب الثاني — الصورة الثانية — صاحب الأدوات هو الباقي في

أرض غيره ٢٧٣

١٥ — الأحكام العامة في الالتصاق في صورته الثانية : ٢٧٦

الباقي سيء النية يعلم أن الأرض مملوكة لغيره : ٢٧٦

المهد الأول في خلال ستة تبدأ من اليوم الذي يعلم فيه مالك

الأرض بإقامة المنشآت : ٢٧٩

مالك الأرض يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع

التمويض ٢٧٩

مالك الأرض يتك المنشآت بالالتصاق بأقل القيمتين : قيمتها

مستحقة الإزالة وقيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب

هذه المنشآت ٢٨٠

مقدمة

- المهدي الثاني عند انقضاء السنة ٢٨٢
 مالك الأرض يتملك المنشآت بالالتصاق بقل القيمتين ... ٢٨٣
 الباني حسن النية يعتقد أن له الحق في إقامة المنشآت : ... ٢٨٤
 مالك الأرض يتملك المنشآت بقل القيمتين : قيمة المواد وأجرة العمل
 وقيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ٢٨٧
 جواز أن يطلب الباني نزع المنشآت ٢٨٩
 جواز أن يطلب صاحب الأرض تحريك الأرض من أقيم
 المنشآت نظير تمويض عادل ٢٨٩

٢٨ - فروض أخرى تسرى عليها الأحكام العامة

- للاتصاق في صورته الثانية ٢٩١
 فرض ما إذا رخص صاحب الأرض كيان في البناء ٢٩١
 فرض ما إذا بنى المتفع في الأرض المتفع بها ٢٩٤
 فرض ما إذا بنى المالك ثم أبطلت ملكيته أو فسخت ... ٢٩٦
 فرض ما إذا بنى البائع في الأرض المبينة قبل تسجيل البيع أو بنى
 المشتري في هذه الأرض قبل التسجيل ٢٩٨
 ٣٥ - أداء التمويض لصاحب المنشآت ٢٠٣
 حق صاحب المنشآت في حبس المنشآت حتى يستوفى التمويض ... ٢٠٤
 حق صاحب الأرض في تقسيط دفع التمويض ٢٠٦

٤٥ - فروض وردت فيها أحكام خاصة غير أحكام

- الاتصاق ٢٠٨
 فرض ما إذا بنى المتأجر في العين المؤجرة ٢٠٨
 فرض ما إذا بنى المشتري في المقر المشفوع فيه ٢١١
 فرض ما إذا بنى المحكر في الأرض المحكرة ٢١٢
 ٥٥ - فروض تسبعت أصلا من نطاق أحكام الاتصاق ٢١٤
 فرض ما إذا بنى المالك في أشيوع في الأرض الشائعة ٢١٤
 فرض ما إذا بنى الفضول أو الوكيل في أرض رب العمل أو الموكل ٢١٥
 ٦٥ - فروض تستثنى من أحكام الاتصاق ٢١٦
 فرض ما إذا جار الباني بحسن نية على جزء صغير من الأرض

- الملاصقة ٢١٦
 المنشآت الصغيرة المقامة على أرض الغير لا على سبيل الدوام ... ٢١٩

المطلب الثالث

- الصورة الثالثة - الباني بنى فى أرض غيره

وبأدوات غيره	٣٢١
علاقة صاحب المواد بالباني	٣٢٢
علاقة صاحب المواد بصاحب الأرض	٣٢٣
علاقة الباني بصاحب الأرض	٣٢٤

المبحث الثالث

- التصاق المنقول بالمنقول

شروط التصاق المنقول بالمنقول :	٣٢٧
التصاق بين منقول ومنقول...	٣٢٧
اختلاف المالك	٣٢٧
انضمام المنقولين أحدهما فى الآخر	٣٢٧
انضمام اتفاق سابق	٣٢٧
أحكام التصاق المنقول بالمنقول...	٣٢٨
توجيهات عامة يسترشدها القاضى	٣٢٨
الضم والخلط أو لنزج والتحويل	٣٣٠

الفصل الثانى

العقود

كسب للملكية بالمقد فى المنقول والمقار	٣٣١
كسب للملكية بالمقد فى المنقول :	٣٣٢
الشيء المعين بالذات	٣٣٣
الشيء المعين بنوعه	٣٣٣
كسب للملكية بالمقد فى المقار - وجوب الشهر :	٣٣٤
المراحل التى مر بها انتقال الملكية فى المقار :	٣٣٧
قبل صدور التفتين لملف القديم	٣٣٧
منذ صدور التفتين لملف القديم	٣٣٧
منذ صدور قانون التسجيل	٣٣٨
منذ صدور قانون تنظيم الشهر العقارى	٣٣٩
نظام السجل المبنى	٣٤٠

المبحث الأول

- المحررات الواجب شهرها وما يعزب من أثر

على الشهر	٣٤٢
المصرقات و لأحكام المتعلقة بإنشاء حق عيى عقارى أصل أو	٣٤٦
نقله أو تغييره أو زواله	٣٤٦

صفحة

٢٤٦ ... التصرفات و الأحكام الكاشفة عن حق عيني عقارى أصل

٢٤٦ الدعوى الخاصة الشهر ...

المطلب الأول - التصرفات والأحكام المتعلقة بإنشاء حق عيني

٢٤٦ ... عقارى أصل أو نقله أو تغييره أو زواله ..

٢٤٦ ... ١ - التصرفات والأحكام الواجبة الشهر ..

٢٤٦ العقود الواجبة الشهر ...

العقود المنشئة لحق عيني عقارى أصل (انتفاع أو ارتفاق

أو حكر) ... ٢٤٧ ...

العقود الناقلة لحق عيني عقارى أصل (البيع والمناينة والوفاء

بمقابل والمبة والشركة) ... ٢٤٧ ...

العقود المنيرة لحق عيني عقارى أصل ... ٢٤٧ ...

العقود المنهية لحق عيني عقارى أصل ... ٢٤٨ ...

التصرفات الصادرة من جانب واحد الواجبة الشهر : ... ٢٤٨ ...

الوقف ... ٢٤٨ ...

الوصية ... ٢٤٩ ...

إنشاء أسلحة ... ٢٤٩ ...

التصرفات الإدارية (نزع الملكية المنفعة العامة - تقسيم

الأراضي - ردم البرك والمستنقعات - طرح البحر

وأكله) ... ٢٥٠ ...

الأحكام المنشئة الواجبة الشهر : ... ٢٥٢ ...

أحكام مرسوم الزاد ... ٢٥٤ ...

الحكم بغير المنفعة ... ٢٥٥ ...

٢ - ما يترتب على الشهر من أثر ... ٢٥٦ ...

أولاً - التصرف أو الحكم قبل أن يشر : ... ٢٥٦ ...

في قانون الشهر العقارى : ... ٢٥٦ ...

البيع غير المسجل لا ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير

ولا فيما بين المصالحين ... ٢٥٧ ...

البيع غير المسجل لا يزال بيعاً ينتج آثاره على نقل

الملكية ... ٢٥٩ ...

في قانون السجل العيني : ... ٢٦٠ ...

البيع غير المقيد لا ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير

ولا فيما بين المصالحين ... ٢٦٠ ...

صفحة

البيع غير المقيّد لا يزال يبيأ فينتج آثاره عند	
نقل الملكية...	٣٦١
ثانياً - التصرف أو الحكم بمد أن يشهر	٣٦١
في قانون الشهر العقاري :	٣٦١
البيع المسجل ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ...	٣٦٢
ليس لانتقال الملكية أثر رجعي يستند إلى	
وقت البيع	٣٦٢
الرأى المعارض القائل بأن لانتقال الملكية	
فيما بين المتعاقدين أثراً رجعياً والحجج	
التي يستند إليها	٣٦٤
البيع المسجل ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير	٣٦٨
حسن النية والتسجيل :	٣٦٩
عهد التقنين المدق السابق	٣٧٠
عهد قانون التسجيل	٣٧٠
عهد قانون الشهر العقاري	٣٧١
في قانون السجل المبيى :	٣٧٤
للقيد حجية مطلقة بخلاف التسجيل وهو لا يقد	
الذي ينقل الملكية	٣٧٤
البيع المقيّد ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ...	٣٧٧
لا خلاف في أنه ليس للقيد أثر رجعي حتى	
فيما بين المتعاقدين	٣٧٧
البيع المقيّد ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ...	٣٧٨
القيّد لا يفسره سوء النية ولا التواطؤ	٣٧٩
المطلب الثاني - التصرفات والأحكام الكاشفة عن حق عيني	
عقارى أصل	٣٨٠
١ - التصرفات والأحكام الواجبة الشهر	٣٨٠
المعقود الكاشفة الواجبة الشهر :	٣٨٠
مقد القسمة :	٣٨٠
اتفاق الشركاء على البقاء في الشيوع	٣٨١
دموى تقضى القسمة للثنين	٣٨٢
قسمة المهايأة المكانية إذا انقلبت إلى قسمة نهائية	٣٨٢
مقد الصلح :	٣٨٢

صفحة

الحكم بالتصديق على محضر المصلح	٣٨٣
التصرفات الكاشفة الصادرة من جانب واحد الواجبة الشهر :	٣٨٤
الإقرار الغير بملكية عقار	٣٨٤
إقرار المقعد الصادر من الغير ..	٣٨٥
إجازة المقعد القابل للإبطال ..	٣٨٥
ترك الحق في التقادم ..	٣٨٦
الأحكام الكاشفة الواجبة الشهر :	٣٨٦
الحكم الصادر في القصة القضائية	٣٨٧
الحكم الاتفاق	٣٨٧
الحكم بإرساء المزاed على أحد الشركاء في قصة التصفية	٣٨٨
الحكم بإرساء المزاed على الفائز للمقار	٣٨٨
§ ٢ - ما يترتب على الشهر من أثر	٣٨٨
أولاً - التصرف أو الحكم قبل أن يشهر	٣٨٨
في قانون الشهر العقاري :	٣٨٨
لا يصح بالقصة غير المسجلة على الغير ..	٣٩٠
في قانون السجل العيني :	٣٩٢
القصة غير المقيدة لا تكون حجة على الغير ..	٣٩٤
القصة غير المقيدة لا تنتج أثراً فيما بين المتعاقدين	٣٩٤
ثانياً - التصرف أو الحكم بعد أن يشهر	٣٩٥
في قانون الشهر العقاري :	٣٩٥
القصة المسجلة تنتج أثراً فيما بين المتعاقدين	٣٩٥
القصة المسجلة تكون حجة على الغير ..	٣٩٥
في قانون السجل العيني :	٣٩٦
القصة المقيدة تكون حجة على الغير ..	٣٩٦
القصة المقيدة تنتج أثراً فيما بين المتعاقدين	٣٩٦
المطلب الثالث - الدعاوى الخاضعة للشهر	٣٩٧
§ ١ - أنواع الدعاوى الخاضعة للشهر	٣٩٧
دعاوى الطعن في التصرفات واجبة الشهر :	٣٩٧
الدعاوى التي تلحق في وجود التصرف (يطلان التصرف	
وصوريته القسح والانتقاس والإفناء)	٣٩٨
الدعاوى التي تلحق في صحة التصرف (يبطال والتصرف ونقض	
القصة الرضائية)	٣٩٨

مضمة

الدعوى التي تعلن في نفاذ التصرف (الدعوى البولسية ودعوى	
عدم نفاذ الوصية أو تصرفات المريض مرض الموت) ...	٣٩٩
دعوى صحة التماثل : ...	٣٩٩
أنواع مختلفة من دعوى صحة التماثل ...	٤٠١
دعوى الاستحقاق : ...	٤٠٢
دعوى استحقاق ملكية العقار ...	٤٠٢
دعوى الإقرار بحق عيني ...	٤٠٣
دعوى إنكار الحق المسمى ...	٤٠٤
الدعوى الخاصة للشهر في قانون السجل المسمى : ...	٤٠٤
دعوى الاستحقاق ودعوى الإقرار بحق عيني ودعوى إنكار	
الحق المسمى ...	٤٠٤
دعوى الطعن ببطان التصرف وبإبطال التصرف وتقص	
القصة الرضائية للفين ...	٤٠٥
الدعوى البولسية ودعوى عدم نفاذ الوصية وعدم نفاذ	
تصرفات المريض مرض الموت ...	٤٠٥
دعوى الفسخ والانسحاب والالغاء ...	٤٠٥

٢٩ - كيف يكون إجراء شهر الدعاوى وما يترتب عليه

من أثر ...	٤٠٧
كيف يكون إجراء شهر الدعاوى في قانون الشهر العقاري ...	٤٠٧
التأثير بصحيفة الدعوى أو تسجيلها ...	٤٠٨
التأثير بمنطوق الحكم النهائي ...	٤٠٩
كيف يكون إجراء شهر الدعاوى في قانون السجل المسمى ...	٤١٠
طلب إضافي هو إجراء التغيير في بيانات السجل المسمى ...	٤١٠
التأثير في السجل المسمى بمضمون الطلبات وتقديم شهادة تدل	
على حصول التأثير ...	٤١٠
التأثير في السجل المسمى بمنطوق الحكم النهائي ...	٤١٠
ما يترتب على شهر الدعاوى من أثر في قانون الشهر العقاري ...	٤١٠
المتصرف له شهر التصرف بعد شهر الدعوى ...	٤١٢
المتصرف له شهر التصرف قبل شهر الدعوى ...	٤١٢
ما يترتب على شهر الدعاوى من أثر في قانون السجل المسمى ...	٤١٤
التأثير بالحكم النهائي في خلال خمس سنوات ...	٤١٥
التأثير بالحكم النهائي بعد انقضاء خمس سنوات ...	٤١٦

صفحة

المبحث الثاني — إجراءات الشهر ٤١٧

المطلب الأول — إجراءات الشهر في قانون الشهر العقاري ... ٤١٧

طلب الشهر والتأثير عليه بقبوله الشهر : ٤١٩

البيانات التي يجب أن يشمل عليها طلب الشهر ٤١٩

تدوين الطلب بدفتر أسبقية الطلبات ٤٢٢

بحث الطلب من الناحية الهندسية ومن الناحية القانونية والتأثير

عليه بقبوله الشهر ٤٢٤

مشروع المحرر المراد شهره والتأثير عليه بصلاحيته للشهر : ... ٤٢٥

إعداد مشروع المحرر رسميا كان أو عرفيا (الورق الأزرق

واللداد الأسود) من واقع بيانات طلب الشهر ٤٢٥

تدوين مشروع المحرر بدفتر أسبقية مشروعات المحررات ... ٤٢٥

بحث مشروع المحرر من ناحية مطابقة البيانات لبيانات طلب

الشهر والتأثير عليه بصلاحيته للشهر ٤٢٦

توقيع المحرر وعملية التسجيل : ٤٢٦

مكتب التوثيق لتوثيق المحرر أو لتصديق على التوقيعات ... ٤٢٦

تقديم المحرر لمكتب الشهر وإعطائه رقما مسلسلا هو رقم الشهر ٤٢٧

تدوين المحرر بدفتر الشهر وتسليم صورة فوتوغرافية لصاحب

الشأن وإرسال صورة فوتوغرافية للمكتب الرئيسي ... ٤٢٩

التأثير الهامشي : ٤٢٩

طلب التأثير الهامشي والبيانات التي يشتمل عليها ... ٤٢٩

تدوين الطلب بدفتر أسبقية الطلبات ٤٢٩

إثبات التأثير في هامش المحرر ٤٣٠

المطلب الثاني — إجراءات الشهر في قانون السجل العيني ... ٤٣٢

تنظيم السجل العيني : ٤٣٢

مجل عيني لكل قسم مساحي ٤٣٢

مصحفة خاصة لكل وحدة عقارية بالسجل العيني ... ٤٣٣

إثبات الحقوق في السجل العيني لأول مرة : ٤٣٤

إستخلاص بيانات الصحائف من مصادر معينة ٤٣٤

دعوة أصحاب الشأن للاطلاع على بيانات الوحدة العقارية ... ٤٣٧

طلبات إجراء التغير أمام اللجنة القضائية في خلال ستة ... ٤٣٨

التغير والتصحيح في بيانات السجل العيني : ٤٣٨

التغير في البيانات ٤٣٩

صفحة

٤٤٠	التصحيح في البيانات...
٤٤١	إجراءات القيد في السجل المبنى :
٤٤١	طلب القيد وبياناته ...
٤٤١	تأمين الطلب بدفتر أسبقية الطلبات...
٤٤٣	رفض طلب إجراء القيد ...
٤٤٣	القيد في السجل المبنى...
٤٤٣	سندات الملكية والشهادات المستخرجة من السجل المبنى...

الفصل الثالث

الشفعة

تمهيد

٤٤٤	التعريف بالشفعة وتكييفها القانوني ..
٤٤٥	التعريف بالشفعة : ...
		البائع والمشتري والشفيع والمقار المشفوع به والمقار
٤٤٦	المشفوع فيه
٤٤٧	التكبير القانوني للشفعة : ...
٤٤٧	الشفعة ليست بحق عيني ولا بحق شخصي بل هي ليست بحق أصلا ...
		الشفعة سبب لكسب الحق : واقعة مركبة من صلة مادية بين
		المقار المشفوع به والمقار المشفوع فيه وهذه واقعة مادية
		ومن بيع عقار المشفوع فيه وهذه واقعة مادية بالنسبة إلى
٤٤٨	الشفيع ومن إعلان الإغنى بالشفعة وهذا تصرف قانوني ...
٤٤٩	الشفعة منزلة وسطى بين الرخصة في التمثل والحق في الملك ...
٤٥٧	الشفعة متصلة بشخص الشفيع ...
		لا يجوز لدائي الشفيع أن يستعملوا الشفعة نيابة عن الشفيع
٤٥٢	بطريق الدعوى غير المباشرة ..
٤٥٣	لا تنتقل الشفعة بطريق الحوالة من الشفيع إلى الغير
		الشفيع أن يتزل عن الشفعة حتى قبل أن يقوم بها سيها أي
٤٥٣	قبل البيع ..
		لا تنتقل الشفعة إذا مات الشفيع قبل أن يستعمل حقه فيها
٤٥٨	إلى ورثته :
		الحلاف في الفقه الإسلامي : الحنفية والحنابلة (لا تورث)
٤٦٠	المالكية والشافعية (تورث)

صفحة

الخلاف في القضاء المصري : محكمة استئناف مصر	
بمواترها المجتعة (لاتورث) - محكمة النقض (تورث)	٤٦٢
الخلاف في الفقه المصري : جزء من الفقه المصري	
(لاتورث) - جزء آخر (تورث)	٤٦٥
ترجيح الرأي الذي يقول بأن الشفعة لا تورث - الحجج	
التي ترجح هذا الرأي	٤٦٧
التشريعات المتعاقبة في الشفعة - أنصار الشفعة وخصومها -	
التضييق في حق الشفعة في التقنين المدني الجديد	٤٧٣
التشريعات المتعاقبة :	٤٧٣
الفقه الإسلامي - التقنين المدني الوطني والتقنين المدني	
المختلط - قانون الشفعة - التقنين المدني الجديد	٤٧٣
استبقاء الشفعة سبباً لكسب الملكية :	٤٧٤
أنصار الشفعة وخصومها	٤٧٥
الشفعة بسبب الجوار	٤٧٥
التضييق في حق الشفعة - التعديلات التي استحدثها التقنين المدني	
الجديد	٤٧٧
إيداع الشفعين كل الثمن خزنة المحكمة	٤٧٧
نزول الشفعين عن حقه في الشفعة قبل البيع	٤٧٨
التوسع في منع الأخذ بالشفعة بين الأقارب وبين الأصهار	٤٧٨
إسقاط حق الشفعة بانقضاء أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع	٤٧٨
تفضيل المشتري الشفعين على شفعين من طبقته	٤٧٩
مباحث ثلاثة :	٤٨٠
شروط الأخذ بالشفعة	٤٨٠
كيفية الأخذ بالشفعة	٤٨٠
آثار الأخذ بالشفعة	٤٨٠
المبحث الأول - شروط الأخذ بالشفعة	٤٨٠
بيع عقار ووجود شفعين	٤٨٠
المطلب الأول - بيع عقار	٤٨٠
١§ - بيع العقار الأصل فيه جواز الأخذ بالشفعة	٤٨١
لا شفعة في المنقول :	٤٨١
المنقول يرد عليه حق الاسترداد لا حق الشفعة	٤٨١
لا شفعة في حصة شائعة في سفينة	٤٨٢
لا شفعة في منقول بحسب المال	٤٨٢

صفحة

٤٨٢	لا شفعة في عقار بالتخصيص .
٤٨٣	الشفعة غير قابلة للتجزئة :
٤٨٣	تعدد الصفقة ..
٤٨٥	وحدة الصفقة :
٤٨٥	تعدد المشترين مع وحدة العقار المبيع ..
٤٨٨	تعدد المقاربات المبيعة مع وحدة المشترى (الاتصال - التخصيص لميل واحد أو لطريقة استغلال واحدة)
٤٩٣	لا تجوز الشفعة إلا في عقد البيع ..
٤٩٤	لا شفعة في الواقعة المادية كالإراث والاتصاف والتقدم ..
٤٩٤	لا شفعة في التصرف القانون الصادر من جانب واحد كالوصية
٤٩٤	لا شفعة في عقود التبرع كالمبة .
٤٩٤	البيع المستتر في صورة هبة
٤٩٥	الهبة المستترة في صورة بيع
٤٩٥	التحايل لمنع الأخذ بالشفعة - هبة الشريط من الأرض اللاصق لأرض الشفع
٤٩٦	لا شفعة في عقود المعاوضة إلا إذا كان العقد بيعاً :
٤٩٧	لا شفعة في المعاوضة ولو كانت بمعدل .
٤٩٧	لا شفعة في الشركة ...
٤٩٧	لا شفعة في الوفاء بمقابل
٤٩٧	لا شفعة في العقود الكاشفة :
٤٩٧	لا شفعة في القسمة ...
٤٩٧	لا شفعة في الصلح ...
٤٩٨	شفعة في عقد البيع :
٤٩٨	البيع الباطل ..
٤٩٨	البيع الصوري - الشفع ليس من النير في الصورة
٥٠٠	البيع الابتدائي
٥٠٢	البيع المقترن بمر يون .
٥٠٣	البيع المعلق على شرط فاسخ أو على شرط واقف
٥٠٥	البيع المتقابل فيه
٥٠٧	البيع القابل للإبطال ..
٥٠٩	عبء إثبات البيع الجائز الأخذ فيه بالشفعة يقع على الشفع ..
٥١٠	جواز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل :
٥١٠	قبل صدور قانون التسجيل - يجوز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل

صفحة

- ٥١٠ من صدور قانون التسجيل - رأيان : ..
- ٥١٠ المسجل
- ٥١١ الرأي اتراجع الذي أخذ به القضاء هو جواز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل
- ٥١٤ التفتين المدف الجديد - جواز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل - ملاحظات :
- ٥١٦ ما دامت الشفعة جائزة في البيع الابتدائي فهي جائزة في البيع غير المسجل
- ٥١٦ لا يشترط ثبوت تاريخ البيع لجواز الأخذ بالشفعة
- ٥١٧ بيع المقار المشفوع به الشفع يجب أن يكون مسجلاً ...
- ٥١٨ الأخذ بالشفعة عند توالي البيوع :
- ٥١٩ الحالة الأولى - البيع الثاني صادر بعد تسجيل طلب الأخذ بالشفعة : ...
- ٥٢٠ يجوز الشفع الأخذ بالشفعة في البيع الأول
- ٥٢٠ الحالة الثانية - البيع الثاني صادر قبل تسجيل طلب الأخذ بالشفعة : ...
- ٥٢٠ لا يجوز الشفع الأخذ بالشفعة إلا في البيع الثاني : ...
- ٥٢١ ما يترتب على ذلك من النتائج
- ٥٢٣ لا عبرة بتسجيل البيع
- ٥٢٤ ٢٩ - البيوع التي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة ...
- موانع الشفعة غير مسقطاتها - المانع يلغى الشفعة ابتداءً والمسقط
- ٥٢٦ يلغى الشفعة بعد أن تقوم
- ٥٢٧ موانع الشفعة المتعلقة بالبيع والمتناثرة في تشريعات مختلفة ...
- ٥٢٨ الموانع الثلاثة المتعلقة بالبيع والمذكورة في التفتين المدف : ...
- ٥٢٨ ١ - البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون :
- البيع بالمزاد العلني الجبري أمام القضاء بناء على طلب
- ٥٢٨ الدائتين
- البيع بالمزاد العلني أمام القضاء لمقار شائع لا يمكن
- ٥٢٨ قسمه ميثاً
- ٥٢٩ بيع الدولة لأموالها الخاصة بالمزاد العلني ...
- ٥٢٩ بيع المقار المحجوز عليه إدارياً لاستيفاء الضرائب ...
- ٥٢٩ بيع مقار المفلس وعدم الأهلية والفائض بالمزاد العلني
- ٥٣٠ بيع المقار الثقيل بتكاليف مينة يميناً اختيارياً بالمزاد العلني

صفحة

- ٥٣١ ... ما يخرج من هذا النطاق وتجاوز فيه الشفعة ...
 بيع المالك عقاره يبيعاً حرّاً بالمزاد العلني دون التقيد
 بأجراءات وشروط
 ٥٣٢ ... بيع المالك عقاره بالمظاريف
 ٥٣٢ ٢ - البيع بين الزوجين أو بين الأقارب أو الأصهار للدرجة
 معينة : ...
 ٥٣٤ ... بيع الزوج لزوجته أو بيع الزوجة لزوجها ...
 ٥٣٤ ... بيع المالك لفروعه مهما نزلوا أو لفروعه مهما علوا ...
 ٥٣٤ ... بيع المالك لأحد أقاربه من الحواشي لنفاية الدرجة الرابعة
 ٥٣٦ ... بيع المالك لأحد أصهاره لنفاية الدرجة الثانية ...
 ٥٣٨ ٣ - العقار قد يبيع ليكمل عمل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة :
 يتناول منع الشفعة الدين الإسلامي وغيره من الأديان
 المروءة ...
 ٥٣٨ لا يتناول منع الشفعة عقاراً يبيع ليكون مدرسة أو ملجأ
 أو مبرة أو مستشفى أو مصحة أو أية مؤسسة اجتماعية ...
 ٥٣٩ ... المطلوب الثاني - وجود شفيع
 ٥٣٩ ١٥ - من هم الشفعاء ...
 ٥٣٩ ١ - من تثبت له صفة الشفيع : ...
 ٥٤١ ... مالك الرقبة : ...
 ٥٤١ ... مالك الرقبة يشفع في حق الانتفاع ...
 ٥٤٧ ... الشريك في الشيوع ...
 ٥٤٧ ... عقار شائع ...
 ٥٤٩ ... بيع أحد الشركاء حصته الشائعة ..
 ٥٥١ ... بيع الحصة الشائعة يكون لأجنبي ..
 المقصود بالعقار الشائع الملكية التامة والرقبة (الشفعة
 في جزء شائع في الرقبة) وحق الانتفاع (الشفعة في جزء
 شائع في حق الانتفاع) ..
 ٥٥٢ ... صاحب حق الانتفاع : ...
 ٥٥٤ ... صاحب حق الانتفاع يشفع في الرقبة ...
 ٥٥٨ ... مالك الرقبة والمستحكر في الحكر : ...
 أرض رتب عليها حق الحكر - صاحب الرقبة يشفع في
 حق الحكر والمستحكر يشفع في الرقبة ..
 ٥٥٩ ...

صفحة

- ٥٦٠ ندرة حصول هذا الفرض عملاً
- ٥٦١ التجار المالك - أحوال ثلاث :
- ٥٦٤ الحالة الأولى للجوار - المباني والأراضي الملتصقة بالبناء :
- ٥٦٤ التلاصق من جهة واحدة
- ٥٦٦ ما يمنع التلاصق - التحايل لمنع الشفعة
- ٥٦٨ تحقق التلاصق بأى امتداد مهما صغر
- ٥٦٨ التلاصق الرأسى - ملكية الطبقات
- الحالة الثانية للجوار - للأرض الميعة أو عليها حق
- ٥٧٠ ارتفاع لأرض الجار :
- حق ارتفاع أيا كان مصدره وكذلك القيود القانونية
- ٥٧١ على حق الملكية
- حق ارتفاع لمصلحة الأرض المشفوع فيها ولمصلحة
- ٥٧٢ أرض أخرى
- ٥٧٣ نزول المشترى عن حق الارتفاع الشفع
- الحالة الثالثة للجوار - أرض الجار ملاصقة للأرض الميعة
- ٥٧٥ من جهتين وتساوى نصف ثمن الأرض الميعة على الأقل :
- ٥٧٥ ملاصقة أرض الشفع للأرض الميعة من جهتين ...
- أرض الشفع لا تقبل فى القيمة من نصف ثمن الأرض
- الميعة الميعة
- ٥٧٨ ب - الشروط الواجب توافرها فى الشفع :
- ٥٨٠ الشرط الأول - الشفع مالك للعقار المشفوع به من وقت
- ٥٨٠ بيع العقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه فى الشفعة :
- ملكية الشفع للعقار المشفوع به يجب أن تسبق البيع
- الذى يأخذ فيه بالشفعة :
- ٥٨١ إذا كان سند ملكية الشفع ييماً وجب أن يكون
- ٥٨١ موجوداً مسبقاً على البيع الذى يؤخذ فيه بالشفعة ...
- ويجب أن يكون هذا البيع مسجلاً وأن يكون للتسجيل
- ٥٨١ مسبقاً على البيع الذى يؤخذ فيه بالشفعة ...
- ملكية الشفع للعقار المشفوع به يجب أن تبقى حتى وقت
- ٥٨٣ ثبوت حقه فى الشفعة :
- ٥٨٤ للعقار لم يعد صالحاً لأن يشفع به ...
- ملكية الشفع غير قائمة - البيع العصى والبيع
- ٥٨٥ الباطل والبيع المطلق على شرط واقف ...

- ٥٨٥ ... سند ملكية الشفع بيع معلق على شرط قاسخ .
- ٥٨٦ ... ملكية الشفع شائعة ..
- ٥٨٨ ... سند ملكية الشفع بيع قابل للإبطال .
- ٥٨٩ الشرط الثاني - الشفع قد توافرت فيه الأهلية الواجبة :
الأخذ بالشفعة من أعمال التصرف فيجب توافر أهلية
٥٨٩ التصرف في الشفع
- ٥٨٩ الولي والوصي والقيم
- الشرط الثالث - الشفع غير ممنوع من شراء العقار
٥٩٠ المشفوع فيه :
- الحالة الأولى - العقار المشفوع فيه يحمل ملكية الشفع
٥٩٠ للزراعية تزيد على الحد الأقصى
- الحالة الثانية - الشفع نائب عن المالك في بيع العقار
٥٩٠ للمشفوع فيه
- الحالة الثالثة - الشفع من عمال القضاء والعقار المشفوع
فيه متنازع عليه زال نزاع من اختصاص الشفع .. ٥٩١
- الشرط الرابع - الشفع ليس بوقف : ... ٥٩٢
- لا شفعة للوقف لأن العقار المجاور ولا في الجزء السانع
المملوك ٥٩٤
- الشفعة في الوقف جائزة .. ٥٩٥
- ٢٨ - تعدد الشفعاء وتزاحمهم ... ٥٩٥
- الحالات المختلفة لتزاحم الشفعاء : ... ٥٩٨
- الحالة الأولى - تزاحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة ... ٥٩٨
- الطبقة الأولى : مالك الرقية عندما يشفع في حق الانتفاع
٥٩٨ الطبقة الثانية : الشريك في الشيوع في ملكية تامة أو في
الرقية أو في الانتفاع أو في حق الحكم
٥٩٩ الطبقة الثالثة : صاحب حق الانتفاع عندما يشفع في
الرقية ... ٦٠٠
- الطبقة الرابعة - مالك الرقية عندما يشفع في حق الحكم
أو صاحب حق الحكم عندما يشفع في
الرقية ... ٦٠٠
- الطبقة الخامسة - الجار المالك ... ٦٠١
- الحالة الثانية - تزاحم الشفعاء وهم من طبقة واحدة .. ٦٠١
- الشفعاء من طبقة واحدة حتى الطبقة الرابعة يقتسمون
بنسبة نصيب كل منهم في العقار المشفوع به ... ٦٠١

صفحة

٦٠٣	عدم تفرق الصفقة عند تعدد الشفعا من الطبقة الواحدة
٦٠٥	التزام فيما بين الجيران (الطبقة الخامسة) عند تقدم ...
٦٠٩	الحالة الثالثة - التزام الشفعا مع المشتري وهو شفع مظهر:
٦٠٩	تزام المشتري مع شفعا أدنى منه طبقة :
٦١٠	يفضل المشتري من باب أول على الشفعا الأدنى طبقة
٦١٢	تزام المشتري مع شفعا من نفس طبقة :
٦١٢	انقسام كل من الققة والتضام قبل التفتين للمنف الجديد
	التفتين للمنف الجديد - يفضل المشتري على الشفعا
٦١٦	الذين هم من طبقة
٦١٧	تزام المشتري مع شفعا أعلى منه طبقة :
٦١٧	يفضل الشفعا الأعلى طبقة على الشفع
	لا يفضل على الجار المشتري الجار الشفع ولو كانت
٦١٩	الشفعة تعود على هذا بمنفعة أكبر
	لا يفضل صاحب الطبقة على الجار العادي إذا كان
٦٢٠	هذا مشترياً

المبحث الثاني - كيفية الأخذ بالشفعة ٦٢١

المطلب الأول - إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ٦٢١

٦٢٢	الشفعة بالتراسي
٦٢٣	الشفعة بالتقاضي :
٦٢٣	الإنذار الرسمى بوقوع البيع :
	افتتاح إجراءات الشفعة بالإنذار الرسمى بوجه المشتري
١٢٥	أو القايح إلى الشفع
٦٢٥	الإنذار يجب أن يكون رسماً على يد محضر
٦٢٥	البيانات التي يجب أن يشتمل عليها الإنذار
٦٢٧	إعلان الشفع ورغبته في الأخذ بالشفعة :
٦٢٨	إعلان الرغبة بوجه إلى كل من المشتري والبايع
٦٢٩	إعلان الرغبة يجب أن يكون رسماً على يد محضر
٦٣١	إعلان الرغبة لإرادة منفردة صادرة من الشفع
٦٣٢	الاستثناء عن إعلان الرغبة برفع دعوى الشفعة رأساً
٦٣٣	مبدأ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة :
٦٣٤	أولاً - إنذار الشفع بوقوع البيع :
٦٣٤	خمس عشرة يوماً من تاريخ وصول الإنذار إلى الشفع

صفحة

١٣٤	لا يمتد بطل الشفيع بوقوع البيع
١٣٧	حساب ميعاد الخمسة عشر يوماً
١٣٩	زيادة ميعاد المساقاة
١٤٠	الميعاد ليس مدة تقادم بل مدة سقوط
١٤١	ثانياً - لم ينلر الشفيع ولكن سجل عقد البيع :
١٤٢	أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع
١٤٣	ميعاد الأربعة الأشهر ميعاد سقوط لاميعاد تقادم
١٤٣	حساب ميعاد الأربعة الأشهر
	حالة أخرى لسقوط حق الشفعة طبقاً لجنة مجلس
١٤٥	الشيوخ - ستة من وقت وضع المشتري يده
١٤٦	ثالثاً - لم ينلر الشفيع ولم يسجل عقد البيع :
	سقوط حق الشفيع بالتقادم المشط - عشرين سنة
١٤٦	سنة
١٤٦	تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة :
١٤٧	تسجيل إعلان الأخذ بالشفعة يجعل هذا الإعلان حجة على الغير
١٤٧	ليس هناك ميعاد لتسجيل الإعلان
	تسجيل الإعلان قبل صدور البيع الثاني يجعل البيع الأول
١٤٧	جائزاً الأخذ فيه بالشفعة

المطلب الثاني - إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة وصدور حكم

٢٤٨	بشوت الحق فيها
٢٤٨	١٥ - إيداع الثمن خزانة المحكمة
٢٥١	تطور التشريع في شأن إيداع الثمن :
	قانون الشفعة السابق - إظهار الشفيع استعداده لدفع الثمن
٢٥٢	والملاحظات
٢٥٣	المشروع المتهدى للتقنين المدف الجديد - إيداع الشفيع ثلث الثمن
٢٥٤	المشروع النهائي للتقنين المدف الجديد - إيداع الشفيع كل الثمن
	المشروع أمام مجلس النواب - عريضة دعوى الشفعة تكون
٢٥٤	مصحوبة بكل الثمن
	التقنين المدف الجديد - إيداع كل الثمن الحقيقي خزانة المحكمة
٢٥٤	قبل رفع دعوى الشفعة
٢٥٥	وقت إيداع الثمن ومكانه :
٢٥٥	المكان خزانة المحكمة الكائن في دائرتها المقار المشفوع فيه

صفحة

٦٥٥	الوقت ثلاثون يوماً من وقت إعلان طلب الشفعة
٦٥٦	يجب أن يكون الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة
٦٥٧	ما الذي يجب إيداعه
٦٥٧	كل ائتمن الحقيقي الذي حصل به البيع
	إيداع ائتمن المذكور في عقد البيع ثم إثبات أنه أكبر من
٦٥٨	ائتمن الحقيقي
	إثبات البائع أو المشتري أن ائتمن المذكور في عقد البيع أقل
٦٥٩	من ائتمن الحقيقي
	إيداع ائتمن الحقيقي الذي حصل به البيع ولو كان أقل من
٦٦٠	ائتمن المذكور في عقد البيع
	يكفي مجرد الاستعداد للرفع ائتمن وملحقاته إذا وقت دعوى
٦٦٣	الشفعة في الوقت الذي كان قانون الشفعة السابق ممولاً به
	إيداع كل ائتمن ولو كان مؤجلاً أو لم يدفع المشتري إلا جزءاً
٦٦٣	منه فقط :
٦٦٤	الشفيع لا يستطيع من تأجيل ائتمن أو تقسيطه بالنسبة إلى المشتري
٦٦٥	ملحقات ائتمن :
٦٦٦	ليس واجباً إيداع ملحقات ائتمن
٦٦٧	المصرفات الضرورية والثافة والتعويض عن البقاء والفراش :
٦٦٧	لهست واجبة الإيداع من باب أولى
٦٦٨	الجزاء على عدم إيداع ائتمن في الميعاد القانوني :
٦٦٨	مقروط حق الشفعين

٢٨ - رفع دعوى الشفعة وصور حكم بثبوت الحق فيها

٦٧١	الخصوم في دعوى الشفعة :
٦٧١	المدعى هو الشفعين
٦٧١	المدعى عليه هو كل من المشتري والبائع
٦٧٤	الحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة :
٦٧٤	الاختصاص المثل - المحكمة للكانن بدائلتها المقار المشفوع فيه
	الاختصاص النوعي - المحكمة الكلية أو المحكمة الجزئية تبعاً
٦٧٥	لقدر ائتمن المذكور في عقد البيع
٦٧٥	رفع دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة
٦٧٧	رفع الدعوى وقيدها في الميعاد القانوني :
٦٧٧	الميعاد القانوني هو ثلاثون يوماً من يوم إعلان طلب الشفعة

- أعمال ثلاثة يجب أن تتم في هذا الميعاد : إيداع الثمن ورفع
 ٦٧٨ دعوى الشفعة وقيد الدعوى
 القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ المعدل لتقنين المرافعات :
 ٦٨٠ قيد الدعوى يسبق رضاها
 الجمع بين أحكام التقنين المدني والأحكام الجديدة في تقنين
 ٦٨١ المرافعات
 حساب ميعاد الثلاثين يوماً
 ٦٨٢ ميعاد الثلاثين يوماً ليس مدة تقادم بل مدة سقوط
 ٦٨٤ عدم رفع الدعوى وتبديها في الميعاد القانوني يسقط حق الشفع
 ٦٨٤ الحكم في دعوى الشفعة على وجه السرعة :
 ٦٨٥ قبل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢
 القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ : دعوى الشفعة أصبحت
 ٦٨٦ كثيرها من الدعاوى مع توصية بسرعة الفصل فيها ..
 الخصوم في استئناف الحكم الصادر في دعوى الشفعة وفي الطعن
 ٦٨٨ فيه بالنقض :
 ٦٨٨ الاستئناف - لا بد من خصوم ثلاثة هم الشفع والمشتري والبائع
 إعلان المشتري أو البائع في الميعاد القانوني وإعلان الآخر بعد
 ٦٩١ فوات الميعاد ..
 ٦٩٣ النقص - لا بد من اختصاص الشفع والمشتري والبائع ...
 إعلان بعض المطلون عليهم في الميعاد القانوني وإعلان الآخرين
 ٦٩٤ بعد فوات الميعاد
 ٦٩٥ الحكم النهائي بثبوت الحق في الشفعة وتسجيله :
 ٦٩٦ الحكم هو سند ملكية الشفع
 رأى محكمة النقض من أن السند هو السبب القانوني المنشئ
 ٦٩٦ لحق الملكية
 ٦٩٨ تسجيل الحكم النهائي بثبوت الشفعة ..
 ٧٠٠ المبحث الثالث - آثار الأخذ بالشفعة
 ٧٠١ المطلب الأول - انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفع ...
 الشفعة بالتراضي أو بالتقاضي سبب لحلول الشفع على المشتري
 ٧٠١ فانتقال الملكية إليه دون المشتري :
 التراضي أو التقاضي هو الدليل على أن الشفعة قد استكملت
 ٧٠٢ عناصرها

صفحة

- من استكلت الشفعة عناصرها فقد حل الشفع على المشتري
 وانتقلت إليه الملكية ٧٠٢ ...
 من تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفع ومن يحل الشفع
 على المشتري ٧٠٣ ...
 لا خلاف في أن الملكية لا تنتقل إلى الشفع إلا بتسجيله
 اعطاف الآراء في وقت حلول الشفع على المشتري : ... ٧٠٥
 وقت تمام البيع المشفوع فيه ٧٠٥ ...
 وقت إعلان طلب الشفعة ٧٠٦ ...
 وقت رفع دعوى الشفعة ٧٠٦ ...
 وقت صدور الحكم بقبول الحق في الشفعة ... ٧٠٦ ...
 رأى محكمة النقض - وقت صدور الحكم بقبول الحق في الشفعة
 لأن هذا الحكم منشؤه الحق في الشفع : ٧٠٧ ...
 رجع العقار المشفوع فيه من حق المشتري من المدة السابقة
 حل تاريخ هذا الحكم ٧٠٨ ...
 عدم طول بحكمة النقض من هذا المبدأ حتى بعد صدور التفتيش
 الجديد ووجوب إيداع الشفع كل اثنين ٧٠٩ ...
 المصحح إلى استندت إليها محكمة النقض في القول بأن الحكم
 بالشفعة منشؤه الحق في الشفع : ٧١١ ...
 الحجة الرئيسية أن الحكم منه ملكية الشفع أي السبب
 للقانون الملكية الشفع ٧١١ ...
 رد الحكمة على الاعتراضات التي وجهت إلى ما فُهمت إليه
 من رأى : ٧١٢ ...
 أولاً - تنهيد حق المشتري في البناء والفراسخ في تصرفات
 ثانياً - حلول الشفع على المشتري في حقوقه والتزاماته
 ثالثاً - رجوع الشفع مباشرة على البائع بضمان الاستعاقاق
 رابعاً - الحق في الشفعة مماثل للحق في الاسترداد ٧١٦
 خلاصاً - الأحكام كاشفة عن الحقوق لا منشئة لها ٧١٦
 سادساً - أحكام الفقه الإسلامي ٧١٦ ...
 سابغاً - إيداع الشفع لكل اثنين قبل رفع دعوى الشفعة
 نظرة تقديرية للجمع التي استندت إليها محكمة النقض : ٧١٨
 الرد على الحجة الرئيسية : لكلمة « الست » معنيان مختلفان
 ليست حجة الأمر المقضي أحدهما ٧١٩ ...
 « الست » بمعنى السبب القانوني المنشئ للحق ٧١٩ ...

صفحة

٧٢٠	و السند و معنى الدليل المكتوب
	رجوع الشفع مباشرة على البائع بضمان الاستحقاق معناه
٧٢٤	أن المشتري قد اعتضى من الصفقة منذ البداية وحل عمله الشفع
	لا يخفى المشتري من الصفقة منذ البداية إلا إذا استبعدنا أن
٧٢٦	حكم الشفعة منتهى لا كاشف
	حكم الشفعة إذن كسائر الأحكام كاشف لا منتهى والسند هنا
٧٢٦	معناه الدليل المكتوب
	وحلول الشفع محل المشتري يكون منذ إبرام البيع لا منذ
٧٢٦	صعود الحكم
٧٢٧	موقف الفقه الإسلامى من المسألة :
	في المذهب الحنفى خلاف ولكن أبا حنيفة يذهب إلى أن قضاء
٧٢٨	القاضى لا يكون منشأً لحق الشفع
	في المذاهب الثلاثة الأخرى قضاء القاضى لا يكون منشأً لحق
٧٣٠	الشفع
	حلول الشفع محل المشتري من وقت البيع هو الذى يفتى مع
٧٣٠	طبيعة الشفعة وسع الحلول الصلية فيها :
٧٣١	التكييف القانونى لطبيعة الشفعة
	الحلول الصلية : رجوع الشفع مباشرة على البائع وحده
٧٣٢	بجميع التزامات البائع
٧٣٣	الأعمال التحضيرية
٧٣٦	المذكورة الإيضاحية
	الأهمية الصلية لرأى محكمة النقض تكاد تكون محصورة في
٧٣٧	مسألة الثمار :
٧٣٧	الحلول الصلية فيها على مسألة الثمار وردت فيها نصوص صريحة
٧٣٨	المطلب الثانى — علاقة الشفع بالبائع وبالمشتري وبالعير ...
٧٣٨	١§ — علاقة الشفع بالبائع
٧٤٠	التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى الشفع
٧٤٠	تسجيل منه الشفع
٧٤١	جواز تصرف الشفع في العقار المشفوع فيه
	التزام البائع بتسليم العقار المبيع إلى الشفع — نية الملاك
٧٤٢	قبل التسليم :
٧٤٣	سريان أحكام تسليم المبيع
٧٤٣	نية الملاك العقار قبل التسليم على البائع لا على الشفع ...

صفحة

٧٤٥	التزام البائع بضمان التمرض والاستحقاق الشفيع :
٧٤٦	ضمان البائع لتمرضه
٧٤٨	ضمان البائع لتمرض الصادر من الغير
٧٤٩	ضمان الاستحقاق
٧٥١	التزام البائع بضمان العيوب الخفية الشفيع :
٧٥١	سريان أحكام التزام البائع بضمان العيوب الخفية للمشتري
٧٥٣	التزام الشفيع بدفع الثمن للبائع - الثمن المؤجل - النوائذ :
٧٥٣	الثمن مودع خزانة المحكمة
	لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري إلا برضاء
٧٥٤	البائع
٧٥٥	استحقاق البائع لفوائده
٧٥٧	للمشتري ثمرات المبيع وعليه تكاليفه وذلك من وقت تمام البيع
٧٥٨	التزام الشفيع بتسلم العقار المبيع :
٧٥٨	سريان أحكام التزام المشتري بتسلم البيع
٧٥٨	نفقات التسليم على البائع ونفقات التسليم على الشفيع ...
٧٥٩	§ ٢ - علاقة الشفيع بالمشتري
	حق المشتري في استرداد الثمن من الشفيع واسترداد مصروفات
٧٦١	البيع :
	التزام الشفيع بدفع الثمن وفوائده المشتري طبقاً لقواعد
٧٦٢	الإثراء بلا سبب - عدم الفسخ وحق التنفيذ والحق في الحبس
	استرداد المشتري من الشفيع مصروفات البيع طبقاً لقواعد
٧٦٣	الإثراء بلا سبب - حق التنفيذ والحق في الحبس
	حق المشتري في التمييز عن المصروفات الضرورية والمصروفات
٧٦٣	النافقة :
	استرداد المشتري المصروفات الضرورية بأكملها من الشفيع
٧٦٤	سريان أحكام الاتصال على المصروفات النافقة :
٧٦٥	حق المشتري في التمييز عن لبنائه والنفاس :
٧٦٦	قبل إعلان طلب الشفعة
٧٦٧	بعد إعلان طلب الشفعة
٧٦٧	حق الشفيع في تسليم العقار المبيع من المشتري - تبعة الهلاك :
٧٦٧	سريان أحكام تسليم البائع للعقار المبيع
٧٦٨	على من تقع تبعة الهلاك :
٧٦٨	الرأى السائد في الفقه أن تبعة الهلاك على المشتري

- ٧٦٨ ... ما يؤخذ على هذا الرأي ...
الأول اعتبار المشتري حائزاً حسن النية قبل إعلانه بطلب
الشفعة وسيء النية بعد إعلانه بهذا الطلب .. ٧٦٩ ...
حق الشفع في استرداد ثمار العقار المبيع من المشتري : ٧٧٠ ...
رأى محكمة النقض - استحقاق الشفع للثمار من وقت
تسجيل سنته .. ٧٧١ ...
الرأي المخالف - المشتري حائز حسن النية إلى وقت إعلانه
بطلب الشفعة فيملك الثمار وحائز سيء النية بعد ذلك فيرد
الثمار للشفيع - اعتبار أن ينهضاً بهذا الرأي . ٧٧٢ ...
٣٨ - علاقة الشفع بالغير ٧٧٥ ...
الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب
البائع قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة : ٧٧٦ ...
سريان هذه الحقوق التي شهِرت قبل تسجيل إعلان طلب
الشفعة في حق الشفع ٧٧٦ ...
الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب
البائع بعد تسجيل إعلان طلب الشفعة : ٧٧٧ ...
عدم سريان هذه الحقوق التي لم تشهر إلا بعد تسجيل إعلان
طلب الشفعة في حق الشفع ٧٧٨ ...
الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب
المشتري قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة : ٧٧٩ ...
سريان هذه الحقوق التي شهِرت قبل تسجيل إعلان طلب
الشفعة في حق الشفع ٧٧٩ ...
الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب
المشتري بعد تسجيل إعلان طلب الشفعة : ٧٨١ ...
عدم سريان هذه الحقوق التي لم تشهر إلا بعد تسجيل إعلان
طلب الشفعة في حق الشفع ٧٨١ ...

الفصل الرابع

الحيازة

تمهيد

- ٧٨٢ ... التعريف بالحيازة وتكييفها القانوني ...
٧٨٣ ... التعريف بالحيازة : ...
٧٨٤ ... حيازة حق الملكية - حيازة الحقوق الأخرى ...

صفحة

٧٨٥	التكييف القانوني للحيازة :
	الحيازة ليست بحق عيني ولا بحق شخصي بل هي ليست بحق
٧٨٥	أصلاً
	الحيازة سبب لكسب الحق : واقعه مادية بسيطة من شأنها
٧٨٥	أن تحدث آثاراً قانونية
٧٨٦	تطور الحيازة لتتطبق على جميع الحقوق... ..
٧٨٦	الحيازة في القانون الروماني - الحيازة وشبه الحيازة :
٧٨٦	بقاء هذا التمييز في القانون الفرنسي القديم
٧٨٧	تطور الحيازة في التقنين المدني الفرنسي :
٧٨٧	القضاء على هذا التمييز
	أموال غير خاضعة للحيازة : الحقوق الشخصية والأموال
٧٨٧	العامة والمجموع من المال
٧٨٨	تطور الحيازة في التقنينات الألمانية :
٧٨٨	تأثير هذه التقنينات بالنظرية المادية للحيازة
٧٨٨	مد الحيازة لتشمل الحقوق الشخصية
٧٨٩	ما استحدثه التقنين المدني الجديد في موضوع الحيازة :
٧٨٩	إيراد الأحكام العامة للحيازة في نصوص مستقلة... ..
٧٨٩	وضع الحيازة في مكانها بين أسباب كسب الملكية... ..
٧٨٩	تقسيم الموضوع :
٧٨٩	للمفرغ الأول - الحيازة بوجه عام
٧٨٩	للمفرغ الثاني - الحيازة باعتبارها سبباً لكسب الملكية
٧٨٩	المفرغ الأول - الحيازة بوجه عام
٧٩١	لمبحث الأول - كسب الحيازة وانتقالها وزوالها
	للطلب الأول - كسب الحيازة - الحيازة بحسن نية والحيازة
٧٩١	بسوء نية
٧٩١	١ - عنصر الحيازة
٧٩١	(١) للعنصر المادي - السيطرة المادية
٧٩٢	كيف تتحقق السيطرة المادية ابتداء :
٧٩٢	عدم انتقال السيطرة المادية من الغير
	لا يمكن التمكن من الاستحواذ بل لا بد من
٧٩٣	الاستحواذ الفعلي
٧٩٣	كيف تتحقق السيطرة المادية انتقالاً من الغير :

صفحة

- ٧٩٣ ... انتقال السيطرة المادية من شخص إلى آخر ..
- ٧٩٣ يمكن التحكم من الاستحواذ .
- ٧٩٤ السيطرة المادية بواسطة الغير :
- ٧٩٥ الوسيط ليس بمحائز ..
- ٧٩٥ ... أمثلة على مباشرة السيطرة المادية بالواسطة
- ٧٩٧ الوسيط والمحائز المرضى ...
- ٧٩٧ السيطرة المادية بواسطة الغير لا تفترض ...
- ٧٩٨ السيطرة المادية على الشيوع : ...
- الحائز على الشيوع يقصد احتمال الحق شاملاً مع غيره
- ٧٩٩ لا خالفاً لنفسه ...
- الحيازة على الشيوع لا تنتج من الآثار إلا ما يتفق
- ٧٩٩ مع هذا الشيوع
- ٨٠١ حيازة شخصين لشيء واحد
- ٨٠١ استبقاء السيطرة المادية...
- استبقاء السيطرة المادية على المنقول ما دام المنقول
- ٨٠١ باقياً في حوزة الشخص
- استبقاء السيطرة المادية على المنقول متى لو انقطع
- الشخص عن استعمال المنقول ما دام محتفظاً
- ٨٠١ بالنصر المنوى
- السيطرة المادية بالواسطة تبقى متى لو تجرد الوسيط
- عن الحيازة ما دام أجنبي لم يستول على السيطرة
- ٨٠٢ المادية ...
- تبقى الحيازة مع فقد عنصرها ما دام النائب عن الحائز
- ٨٠٢ فاقب عنه في استبقاء المنصرين في وقت منقول...
- ٨٠٣ ... (ب) المنصر المنوى - المقصد ...
- ٨٠٣ ... كيف يتحقق عنصر المقصد ...
- ٨٠٣ ... النظرية الشخصية في عنصر المقصد :
- ٨٠٣ ... قصد الحائز احتمال الحق لحساب نفسه...
- ٨٠٤ ... وجوب توافر عنصر المقصد في القانون الفرنسي القديم
- انتقال عنصر المقصد من القانون الفرنسي القديم إلى التقنين
- ٨٠٥ الملق الفرنسي
- ٨٠٥ المنهار النظرية الشخصية تحت اسم ساليبي

صفحة

- النظرية المادية في عنصر القصد : ٨٠٦
- التقصد هو نية الحائز القيام بالأعمال المادية لتحقيق سيطرته
فالأعمال المادية لتحقيق السيطرة يجب أن تكون أعمالاً ٨٠٦
- إرادية قصدية ٨٠٦
- الحائز لحساب غيره يعتبر حائزاً إذا لم يكن مجرد تابع ٨٠٧
- وكان يتنوع بشيء من حرية التصرف ٨٠٧
- حماية الحائز لحساب غيره بدعوى الحيازة حيث لا تحمي ٨٠٧
- النظرية الشخصية ٨٠٧
- اشتهار النظرية المادية تحت اسم إهرنج ٨٠٧
- موقف التفتين الملفى المصرى الجديد من النظريتين الشخصية ٨٠٨
- والمادية ٨٠٨
- المشروع التمهيدى لتفتين الملفى الجديد : ٨٠٩
- أخذ مبدئياً بالنظرية الشخصية ٨٠٩
- ولكنه استمار من النظرية المادية أهم نتائجها - مد ٨١١
- الحيازة إلى الحقوق الشخصية ٨١١
- التفتين الملفى الجديد : ٨١٢
- أخذ مبدئياً بالنظرية الشخصية فأوجب توافر المنصر ٨١٢
- المعنوى ٨١٢
- مد الحيازة إلى الحقوق الشخصية متأثراً بالنظرية المادية ٨١٤
- ميز بين مجرد الإحراز كما في إحراز للتابع وبين ٨١٤
- الحيازة ولوحساب الغير ٨١٤
- حتى حيازة المستأجر بدعوى الحيازة متأثراً بالنظرية ٨١٥
- للمادية ٨١٥
- ولو أن التفتين الملفى الجديد أخذ من حيث المبدأ ٨١٥
- بالنظرية الشخصية إلا أنه تأثر كثيراً بالنظرية ٨١٥
- المادية ٨١٥
- انتهاء عنصر القصد في إثبات الرخصة من المباحث وفي أعمال ٨١٦
- التساح ٨١٦
- إثبات الرخصة من المباحث : ٨١٦
- مجرد رخصة فلا يتوافر فيها عنصر الحيازة ٨١٧
- أشلة على إثبات الرخصة - فتح منور وضع مظل ٨١٧
- مستوف لقبه المسافة ٨١٧
- الرخصة لا تسقط بالتقادم ٨١٩

- ٨٢٠ أعمال التماسح :
أعمال التماسح يتوافر فيها النصر المادى ولكن
- ٨٢٠ لا يتوافر فيها النصر المعنوى...
أنظمة على أعمال التماسح - مرور على سبيل التماسح
- ٨٢١
وقتح مطال على أرض فضاء على سبيل التماسح...
انقلاب إتيان الرخصة أو أعمال التماسح إلى أعمال
- ٨٢٢ حيازة صحيحة
عنصر القصد يجب أن يوجد عند الحائز شخصياً فلا تجوز
- ٨٢٣ للتبابة فيه :
عنصر القصد بخلاف النصر المادى لا تجوز مباشرة
- ٨٢٤ بالواسطة
ولكن إذا كان الحائز عديم التمييز جاز أن يكون عنصر
- ٨٢٥ القصد موجوداً عند فائيه
الحيازة العرضية أو الحيازة لحساب الغير :
- ٨٢٥
التفريق الأول - الحائز للمرضى الذى ينزل من الحائز
- ٨٢٦ الأصل منزلة التابع من المتبوع
التفريق الثانى - الحائز المرضى الذى يحوز لحساب غيره
- ٨٢٧ ولكن لا يعتبر تابئاً بل يبقى له شيء من حرية التصرف
- ٨٢٩ أحكام الحيازة العرضية :
الحيازة العرضية لا تحصى بدعوى الحيازة فيما عدا دعوى
- ٨٣٠ استرداد الحيازة
الحيازة العرضية لا تكسب ملكية العين بالتقادم...
- ٨٣٠ تنتقل الحيازة العرضية دون أن تتغير صفاتها من المورث
إلى الوراث
- ٨٣٢ الحيازة العرضية لا تقترض بل يفترض فى الحائز أنه يحوز
لحساب نفسه حيازة أصيلة
- ٨٣٣ الحيازة العرضية لا تقترض بل يفترض فى الحائز لحساب
نفسه حيازة أصيلة
- ٨٣٤ تغير صفة الحيازة العرضية وتحويلها إلى حيازة أصيلة :
فعل يصدر من الغير - تصرف قانونى ناقل للملكية
- ٨٣٦ يتلقاه الحائز المرضى من الغير .
فعل يصدر من الحائز المرضى يعارض به حق المالك ...
- ٨٣٨

صفحة

٢٥ - عيوب الحيابة ٨٤٠

العيب الأول - عدم الاستمرار أو التقطع ٨٤٢

معنى عدم استمرار الحيابة أو تقطعها. ٨٤٢

انتظام الاستعمال يختلف باختلاف طبيعة الشيء. ٨٤٣

عدم الاستمرار وغير ذلك من عيوب الحيابة من مسائل الواقع ٨٤٤

التي لا تخضع لرقابة محكمة التقصص ٨٤٤

عيب عدم الاستمرار عيب مطلق لكل ذى مصلحة أن يتسك ٨٤٥

به - زوال هذا العيب ٨٤٥

التمييز بين عدم استمرار الحيابة أو تقطعها وبين انقطاع ٨٤٦

التقادم ٨٤٦

العيب الثانى - الخفاء أو عدم العلانية ٨٤٨

معنى الخفاء أو عدم العلانية ٨٤٨

عيب الخفاء أو عدم العلانية عيب نسبى لا يكون له أثر إلا ٨٥٠

قبل من أخفيت عنه الحيابة ٨٥٠

زوال عيب الخفاء بظهور الحيابة ٨٥١

العيب الثالث - الإكراه أو عدم الهدوء ٨٥٢

معنى الإكراه أو عدم الهدوء ٨٥٢

عيب الإكراه أو عدم الهدوء عيب نسبى لا يكون له أثر إلا ٨٥٤

قبل من وقع عليه الإكراه ٨٥٤

زوال عيب الإكراه بانقطاع الإكراه ٨٥٥

العيب الرابع - الفموض أو اللبس ٨٥٦

معنى الفموض أو اللبس ٨٥٦

عيب الفموض أو اللبس عيب نسبى لا يكون له أثر إلا قبل ٨٥٩

من التمس عليه الأمر ٨٥٩

زوال عيب الفموض بانتفاء اللبس ٨٦٠

٢٦ - الحيابة بحسن نية والحيابة بسوء نية ٨٦١

أهمية التمييز بين حسن النية وسوء النية في الحيابة ٨٦٢

مقاييس يعتبر الحائز حسن النية ٨٦٤

حسن النية يفترض دائماً ٨٦٦

مقاييس يعتبر الحائز سوء النية ٨٦٧

إثبات سوء النية في الحيابة ٨٦٩

مقاييس يعتبر الحائز سوء النية ولو كان يعتقد أن له حقاً في الحيابة ٨٧٠

صفحة

احتفاظ الحيابة بصفتها حتى يقوم الدليل على العكس...	٨٧٢
صفة الحيابة بعد انتقالها إلى خلف عام أو إلى خلف خاص	٨٧٣
المطلب الثاني — انتقال الحيابة وزوالها	٨٧٣
§ ١ — انتقال الحيابة	٨٧٣
تعميد معنى انتقال الحيابة من حائز إلى حائز آخر	٨٧٦
(أ) انتقال الحيابة إلى خلف عام	٨٧٧
كيف تنتقل الحيابة إلى خلف عام	٨٧٧
بأية صفة تنتقل الحيابة إلى الخلف العام	٨٧٨
ضم مدة حيابة السلف إلى مدة حيابة الخلف العام	٨٨١
(ب) انتقال الحيابة إلى خلف خاص	٨٨٣
كيف تنتقل الحيابة إلى خلف خاص	٨٨٣
انتقال الحيابة انتقالا ماديا بالتسليم الفعلي	٨٨٤
انتقال الحيابة انتقالا معنويا بالتسليم الحكيم	٨٨٦
انتقال الحيابة انتقالا رمزيا عن طريق التمكن	٨٨٨
صفات الحيابة بعد انتقالها إلى الخلف الخاص	٨٩٠
ضم مدة حيابة السلف إلى مدة حيابة الخلف الخاص	٨٩٣
§ ٢ — زوال الحيابة	٨٩٧
زوال الحيابة بفقد عنصرها المادى والمنوى	٨٩٨
زوال الحيابة بفقد عنصرها المادى وحده	٨٩٩
زوال الحيابة بفقد عنصرها المنوى وحده	٩٠٢
المبحث الثاني — حماية الحيابة في ذاتها والعلاقة بين الحيابة والمالكية	٩٠٣
المطلب الثاني — حماية الحيابة في ذاتها — دعاوى الحيابة الثلاث	٩٠٣
خصائص دعاوى الحيابة :	٩٠٣
أولاً — دعاوى الحيابة تحمى الحيابة في ذاتها	٩٠٤
ثانياً — دعاوى الحيابة تحمى حيابة العقار دون حيابة المتقول	٩٠٤
ثالثاً — دعاوى الحيابة تحمل طابع الاستجبال	٩٠٦
الأصل التجاري لدعوى الحيابة	٩٠٨
التمييز بين دعاوى الحيابة الثلاث ومكانها في التشريع المصرى	٩٠٩
§ ١ — دعوى استرداد الحيابة	٩١٠
المدعى في دعوى استرداد الحيابة	٩١٣
المدعى عليه في دعوى استرداد الحيابة	٩١٦

صفحة

٩١٨	المدة التي ترفع في خلالها دعوى استرداد الحيازة
٩٢٠	ما يحكم به في دعوى استرداد الحيازة - أحوال أربع
٩٢٠	الحالة الأولى - حيازة المدعى دامت مدة لا تقل عن ستة
	الحالة الثانية - حيازة المدعى لم تدم ستة كاملة ولكن الحيازة
٩٢١	انتزعت بالقوة
	الحالة الثالثة - حيازة المدعى لم تدم ستة كاملة ولم تنتزع
	بالقوة ولكن المدعى عليه لا يستند إلى حيازة أحق
٩٢٢	بالتفصيل
	الحالة الرابعة - حيازة المدعى لم تدم ستة كاملة ولم تنتزع
	بالقوة ولكن المدعى عليه يستند إلى حيازة أحق
٩٢٣	بالتفصيل
٩٢٤	التكييف للقانون لدعوى استرداد الحيازة
٩٢٦	§ ٢ - دعوى منع التعرض
٩٢٧	المدعى في دعوى منع التعرض
٩٣١	المدعى عليه في دعوى منع التعرض
٩٣١	تعميد معنى التعرض الصادر من المدعى عليه
٩٣٤	التعرض المادي والتعرض القائم على تصرف قانوني
٩٣٥	التعرض الناجم عن الأشغال العامة
٩٣٦	التعرض الناشئ عن أشغال خاصة رخصت فيها الإدارة
	عدم جواز الالتجاء لدعوى منع التعرض لتنفيذ عقد يربط ما
٩٣٧	بين المدعى والمدعى عليه
٩٣٨	رفع دعوى منع التعرض على المتعرض نفسه وعلى الغير
٩٣٩	المدة التي ترفع في خلالها دعوى منع التعرض
٩٤١	ما يحكم به في دعوى منع التعرض
٩٤٣	§ ٣ - دعوى وقف الأعمال الجديدة
٩٤٤	المدعى في دعوى وقف الأعمال الجديدة
٩٤٥	المدعى عليه في دعوى وقف الأعمال الجديدة
٩٤٧	المدة التي ترفع في خلالها دعوى وقف الأعمال الجديدة
٩٤٧	ما يحكم به في دعوى وقف الأعمال الجديدة
٩٥٠	المطلب الثاني - العلاقة بين الحيازة والملكية
٩٥٠	§ ١ - دعوى الحيازة ودعوى الملكية
٩٥٠	المقابلة ما بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية

صفحة

٩٥١	إثبات الحيازة
٩٥٣	إثبات الملكية
٩٥٦	عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية :
٩٥٧	القاعدة تلزم للمضى
٩٦١	القاعدة تلزم للمضى عليه
٩٦٣	القاعدة تلزم للقاضى...
						عدم حجية الحكم الصادر فى دعوى الحيازة بالنسبة إلى دعوى الملكية..
٩٦٨	٢ § - العلاقة ما بين الحائز والمالك
٩٦٨	ظهور أن الحائز غير مالك.
٩٦٩	(١) استرداد المصروفات
٩٧١	المصروفات الضرورية ترد بأكملها
٩٧٢	المصروفات النافعة تسرى فى شأنها أحكام الالتصاق..
٩٧٣	المصروفات الكفالية لا ترد
٩٧٤	رد المصروفات إلى خلف الحائز...
٩٧٤	التيسير على المالك فى الوفاء بما يجب عليه رده من المصروفات
٩٧٦	(ب) مسئولية الحائز عن هلاك العين أو تلفها
٩٧٨	مسئولية الحائز حسن النية
٩٨٠	مسئولية الحائز سوء النية
٩٨٣	الحيازة باعتبارها سبباً لكسب الملكية
٩٨٣	مق تكون الحيازة سبباً لكسب الملكية
٩٨٣	التمييز بين الحيازة بسوء نية والحيازة بحسن نية...
						المبحث الأول - الحيازة بسوء نية باعتبارها سبباً لكسب الملكية -
٩٨٤	التقادم المكسب الطويل
٩٨٤	التقادم المكسب والتقادم المقسط والفرق بينهما..
٩٨٥	القواعد المشتركة فيما بين التقادم المكسب والتقادم المقسط
٩٨٧	الاعتبارات العملية التى قام عليها التقادم المكسب
٩٨٩	لمحة تاريخية
						تقسيم الموضوع : كيف يتحقق التقادم المكسب الطويل - أعمال
٩٩٢	التقادم المكسب والآثار التى تترتب عليه
٩٩٢	المطلب الأول - كيف يتحقق التقادم المكسب الطويل
٩٩٢	١ § - الحقوق التى يمكن كسبها بالتقادم المكسب الطويل

صفحة

الحقوق العينية وحدها دون الحقوق الشخصية هي التي يمكن	
تملكها بالتقادم	٩٩٤
وجوب أن يكون الحق المعنى قابلا لتنازل فيه وقابلا للحيازة :	٩٩٦
الأموال المأتمنة (التوطين العام)	٩٩٨
الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الشخص العام (التوطين الخاص)	٩٩٩
الوقف	١٠٠٢
حق الإرث	١٠٠٧
خضوع الحق الذي يكسب بالتقادم لحيازة مستوفية لتعريضها	
وخالية من العيب	١٠١٠
٢ - مدة التقادم المكسب الطويل	١٠١٢
مقدار مدة التقادم المكسب الطويل خمس عشرة سنة ولا يجوز	
الاتفاق على تعديلها	١٠١٣
كيفية حساب مدة التقادم	١٠١٥
بده سريان مدة التقادم :	١٠١٧
بالنسبة إلى الحقوق المملوكة على شرط واقف أو المقترة	
بأجل واقف	١٠١٧
بالنسبة إلى الحقوق الاحتمالية	١٠١٩
القرينة على قيام الحيازة ما بين بده مدة التقادم ونهايتها ..	١٠٢٠
عدم المدد في حالة تعاقب الحائزين	١٠٢٤
٣ - وقف التقادم المكسب وانقطاعه	١٠٢٧
١ - وقف التقادم المكسب :	١٠٢٧
يقف التقادم المكسب أيًا كانت مدته متى وجد سبب لوقفه ...	١٠٢٧
القاعدة العامة في وقت التقادم - القاعدة التقليدية وتنقض	
بوقف التقادم حيث يتخذ قطع سريانه	١٠٢٨
موقف الفقه الفرنسي والقضاء الفرنسي من القاعدة التقليدية :	١٠٢٩
موقف الفقه الفرنسي	١٠٣٠
موقف القضاء الفرنسي	١٠٣١
موقف الفقهين المدعي المصري الجديد من القاعدة التقليدية ...	١٠٣٢
أسباب وقف التقادم التي تتعلق بالشخص	١٠٣٥
أسباب وقف التقادم التي ترجع إلى ظروف مادية اضطرابية	
الأثر الذي يترتب على وقف التقادم	١٠٣٨

سنة

- ١٠٣٩ بـ - انقطاع التقادم المكسب ...
- ١٠٣٩ أسباب انقطاع التقادم المكسب ...
- ١٠٤٠ السبب الأول لانقطاع التقادم المكسب - المطالبة القضائية
- ١٠٤٤ وقع الدعوى أمام محكمة غير مختصة
بطلان صحيفة الدعوى وترك الخصومة وسقوطها ورقض
الدعوى
- ١٠٤٦ ما يترتب على انقطاع التقادم المكسب بالمطالبة القضائية
- ١٠٤٨ السبب الثاني لانقطاع التقادم المكسب - إقرار الحائز بحق
المالك
- ١٠٥٢ الإقرار الصريح والإقرار الضمني
- ١٠٥٣ إثبات الإقرار
ما يترتب على انقطاع التقادم المكسب بإقرار الحائز بحق
المالك
- ١٠٥٣ السبب الثالث لانقطاع التقادم المكسب - تخل الحائز عن
الحيازة أو فقده إياها :
- ١٠٥٤ انقراض التقادم المكسب دون التقادم المسقط بهذا السبب
- ١٠٥٦ زوال الحيازة بالتخل عنها أو بفقد عنصرها أو أحدهما
انقطاع التقادم لهذا السبب له أثر مطلق فيستفيد منه كل
ذو مصلحة
- ١٠٥٧ ما يترتب على انقطاع التقادم المكسب بتخل الحائز عن
الحيازة أو فقده إياها
- ١٠٥٧
- ١٠٥٩ **المطلب الثاني - أعمال التقادم المكسب والآثار التي تترتب عليه**
- ١٠٥٩ **١ - أعمال التقادم المكسب - التمسك به والتزول عنه**
- ١٠٥٩ ١ - وجوب التمسك بالتقادم المكسب والدفع بالتقادم ..
- ١٠٥٩ قواعد التقادم المسقط وشرائنها على التقادم المكسب ...
لاقتضى المحكمة بالتقادم المكسب من تلقاء نفسها بل لا بد من
التمسك به
- ١٠٦٢ يتسك بالتقادم المكسب الحائز وكل ذو مصلحة ...
- ١٠٦٣ يجوز التمسك بالتقادم المكسب في أية حالة كانت عليها الدعوى
- ١٠٦٤ ب - التزول عن التقادم المكسب ..
- ١٠٦٤ قواعد التقادم المسقط وشرائنها على التقادم المكسب ...
عدم جواز التزول عن التقادم المكسب مطلقاً قبل ثبوت
الحق فيه
- ١٠٦٥

صفحة

- ١٠٦٦ جواز النزول عن التقادم المكسب بعد ثبوت الحق فيه ...
- ١٠٧٠ جواز النزول عن المدة التي انقضت في تقادم مكسب لم يكتمل
- ١٠٧٠ § ٢ - الآثار التي تترتب على التقادم المكسب ...
- ١٠٧٠ التقادم المكسب سبب لكسب الملكية : ...
- التقادم المكسب ليس مجرد قرينة بل هو سبب مباشر لكسب الملكية
- ١٠٧٠ ...
- الحائز يكسب الملكية بالتقادم عن طريق النفع أو عن طريق الدعوى
- ١٠٧٢ ...
- ١٠٧٢ التقادم المكسب يكسب الملكية بأثر رجعي : ...
- الحائز الذي يملك الممن بالتقادم لا يرد ثمارها حتى لو لم يكسبها بالقبض أو بالتقادم ..
- ١٠٧٢ ...
- ما يرتبه المالك في خلال مدة التقادم من حقوق معينة لا يسرى في حق الحائز .
- ١٠٧٤ ...
- ما يرتبه الحائز في خلال مدة التقادم من حقوق معينة يصبح نافذاً باتاً
- ١٠٧٥ ...
- ١٠٧٦ تحذف التزام طبيعي من التقادم المكسب ..
- ١٠٧٦ آثار هذا الالتزام الطبيعي ...
- ١٠٧٧ المبحث الثاني - الحيازة بحسن نية باعتبارها سبباً لكسب الملكية
- ١٠٧٧ المطلب الأول - كسب ملكية العقار - التقادم المكسب القصير ...
- القواعد التي يشترك فيها التقادم المكسب القصير مع التقادم المكسب الطويل ...
- ١٠٨٠ ...
- ١٠٨٢ لقواعد التي يفرد بها التقادم المكسب القصير ...
- ١٠٨٤ § ١ - السبب الصحيح ...
- ١٠٨٤ تحديد معنى السبب الصحيح : ...
- ١٠٨٤ تصرف قانوني ناقل للملكية صادر من غير مالك ...
- تصرف قانوني ناقل أو منشئ لحق عيني قابل لأن يكسب بالتقادم إذا صدر من غير صاحب هذا الحق ..
- ١٠٨٧ ...
- ١٠٨٨ سند المتصرف الذي استند إليه في تصرفه للحائز لا أهمية له ...
- ١٠٨٨ ما يعتبر سبباً صحيحاً ...
- ١٠٨٨ عقد البيع ...
- ١٠٨٩ عقد المعاوضة ..
- ١٠٨٩ عقد الهبة ...

الوصية بمقار معين بالذات	١٠٨٩
رسم مزاد المقار المحجوز عليه	١٠٨٩
الوفاء بمقابل	١٠٩٠
تقديم الشريك مقاراً حصة له في الشركة	١٠٩٠
مالاً يعتبر سبباً صحيحاً :	١٠٩١
الميراث في مقار معين بالذات	١٠٩١
الإيجار والحامية والحراسة والوديعة والوكالة وغيرها من	١٠٩٢
التقود التي لا تنقل الملكية	١٠٩٢
الفئة الاختيارية	١٠٩٢
الصلح	١٠٩٣
الحكم القضائي	١٠٩٣
قروض مختلفة في السبب الصحيح :	١٠٩٤
التصرف لقانون الباطل	١٠٩٥
التصرف القانوني القابل للإبطال	١٠٩٧
التصرف القانوني الملحق على شرط واقف أو على شرط فاسخ	١٠٩٨
التصرف القانوني النقي	١١٠٠
التصرف لقانون غير المسجل	١١٠١
السبب الصحيح شرط مستقل عن حسن النية ويقع عبء إثباته	١١٠٤
على الحائز	١١٠٤
٢+ - حسن النية	١١٠٥
تحديد معنى حسن النية :	١١٠٥
الحائز يستد أن يتلقى الملكية من المالك أو الحق من صاحبه	١١٠٥
الغلط في الواقع والغلط في القانون	١١٠٦
علم الحائز بعيوب سند المتصرف ينفي حسن النية :	١١٠٧
علم الحائز بأن سند المتصرف باطل أو قابل للإبطال أو قابل	١١٠٧
الفسخ	١١٠٧
علم الحائز بأن سند المتصرف ملحق على شرط فاسخ أو على	١١٠٧
شرط واقف	١١٠٨
علم الحائز بعيوب السبب الصحيح لا ينفي حسن النية :	١١٠٨
كون السبب الصحيح صادراً من غير مالك يجب ألا يعلم به الحائز	١١٠٨
التصرف الذي لا وجود له كالتصرف الباطل والتصرف النقي	١١٠٨
والتصرف الصوري ينعدم معه السبب الصحيح	١١٠٨
علم الحائز بالعيوب الأخرى لا ينفي حسن النية	١١٠٨

صفحة

- الوقت الذى يجب أن يتوافر فيه حسن النية : ٦١٠٨
الوقت الذى يطبق فيه الحائز الحق من غير صاحبه - وقت
تسجيل البيع ٦١١٠
لا يشترك ببقاء حسن النية بعد هذا الوقت ١١١١
لا يشترط بقاء حسن النية وقت الحيازة ١١١١
إثبات حسن النية : ٦١١٢
حسن النية مفترض حتى يقوم الدليل على العكس ٦١١٣
لمالك الحقيقي أن يثبت سوء نية الحائز بجميع طرق الإثبات ٦١١٣

المطلب الثانى - كسب ملكية المنقول - الحيازة فى المنقول سند

- الملكية ٦١١٤
تملك المنقول بالحيازة أمر يقتضيه سرعة التعامل فى المنقول
واستقراره ١١١٦
الأصل التاريخى لقاعدة لملك المنقول بالحيازة ١١١٧
القانون الرومانى لا يعرف هذه القاعدة ١١٧
القانون الفرنسى القديم فى عهده الأول تأثر بالتقاليد
الجرمانية وعرف هذه القاعدة ٦١١٨
القانون الفرنسى القديم منذ القرن الثالث عشر بدأ يتأثر بالقانون
الرومانى ولا يعمل بالقاعدة ١١١٨
رجع القانون الفرنسى القديم إلى التقاليد الجرمانية بعد خمسة
قرون أى فى القرن الثامن عشر ١١١٩
حيازة المنقول لها دوران - طريق للإثبات وطريق لكسب الملكية ١١٢١
الدور الأول - حيازة المنقول طريق للإثبات : ١١٢١
التزاح بين حائز المنقول ومالكه الذى نقل حيازته ... ١١٢١
تمسك الحائز بالحيازة قرينة على أن الملكية انتقلت إليه ١١٢٤
على مدعى الاستحقاق أن يثبت عدم توافر شروط الحيازة

- ثم يثبت ملكيته ١١٢٤
الدور الثانى - حيازة المنقول سبب لكسب الملكية : ... ١١٢٥
التزاح بين حائز المنقول وغير المالك ١١٢٥
الحائز حسن نية ١١٢٥
المنقول غير مسروق وغير ضائع ١١٢٥

١٥ - القاعدة العامة - الحيازة فى المنقول سند الملكية ١١٢٦

- ١ - الشروط الواجب توافرها لتطبيق القاعدة : ١١٢٦

صفحة

- الشرط الأول - المنقول الذى تنطبق عليه القاعدة : ... ١١٢٦
- المنقول المادى يخضع للقاعدة ... ١١٢٦
- المقار بطبيعته والمقار بالتنصيص لا يخضعان للقاعدة ١١٢٨
- الحقوق الشخصية لا تخضع للقاعدة ... ١١٢٩
- السند لحامله يخضع للقاعدة ... ١١٣٠
- الحقوق العينية على المنقول تخضع للقاعدة ... ١١٣١
- الشرط الثانى - الحيازة : ... ١١٣٢
- يجب أن تكون الحيازة حيازة حقيقية ... ١١٣٢
- ويجب أن تكون الحيازة حيازة أصيلة ... ١١٣٤
- ويجب أن تكون الحيازة غالية من العيوب ... ١١٣٥
- الشرط الثالث - السبب الصحيح : ... ١١٣٥
- السبب الصحيح فى التفتين المدنى المصرى شرط مستقل عن
- شرط حسن النية ... ١١٣٦
- السبب الصحيح فى تملك المنقول بالحيازة كالسبب الصحيح
- فى التقادم المكسب القصير فيما عدا أمرين ١١٣٧
- الأمران اللذان يختلف فيما السبب الصحيح فى تملك المنقول
- بالحيازة عن السبب الصحيح فى التقادم المكسب القصير : ١١٣٨
- لا يسجل السبب الصحيح فى تملك المنقول بالحيازة ١١٣٨
- السبب الصحيح يفترض وجوده فى تملك المنقول
- بالحيازة ... ١١٣٨
- الشرط الرابع - حسن النية : ... ١١٣٩
- معنى حسن النية هنا هو مناهة فى التقادم المكسب القصير ١١٣٩
- الوقت الذى يجب أن يتوافر فيه حسن النية هو وقت
- حيازة المنقول لا وقت تلقى الحق ... ١١٤٠
- حسن النية يفترض دائماً ما لم يثبت الدليل على العكس ... ١١٤٢
- ب - الآثار التى تترتب على تطبيق القاعدة : ... ١١٤٣
- الآثر المكسب والآثر المسقط ... ١١٤٣
- الآثر المكسب : ... ١١٤٣
- تملك المنقول بالحيازة يحول دون دعوى الاستحقاق ... ١١٤٤
- تملك المنقول بالحيازة يحول دون دعاوى الإبطال أو الفسخ ١١٤٤
- تملك المنقول بالحيازة لا يحول دون الدعاوى الشخصية
- الناشئة من عيوب السبب الصحيح ١١٤٤
- الأساس القانونى الذى يقوم عليه الأثر المكسب : ... ١١٤٥

صفحة

- ١١٤٥ نظرية التبادم الفوري
- ١١٤٦ نظرية القرينة القانونية غير القابلة لإثبات العكس
النظرية الصحيحة - الحيازة وحدها تكسب حائز
المنقول ملكيته بحكم القانون
- ١١٥١ الأثر المسقط :
- ١١٥١ إسقاط التكاليف والقيود المبنية على تنقل المنقول :
- ١١٥١ إسقاط وزن الحيازة
- ١١٥٢ إسقاط حق الانتفاع
- إسقاط الرهن الرسمى المنقول لمعار بالتخصيص أصبح
- ١١٥٢ منقولا بفصله
- ١١٥٢ إسقاط حق الامتياز :
- ١١٥٣ عدم إسقاط شرط المنع من التصرف
- ١١٥٣ الأساس الفاذي الذي يقوم عليه الأثر المسقط :
- ١١٥٣ الحيازة وحدها تسقط التكاليف والقيود بحكم القانون

§ ٢ - المنقولات المسروقة أو الضائعة ١١٥٥

- ١١٥٧ من له حق استرداد المنقول المسروق أو الضائع :
- ١١٥٨ صاحب المنقول المسروق - السرقة لا خيانة الأمانقولا لتصب
- ١١٥٩ صاحب المنقول الضائع - حق الضياع
- الحائز المنقول وصاحب حق الانتفاع في المنقول والمرتمن
- ١١٦٠ وزن حيازة والمودع عنده
- ١١٦٠ استرداد المنقول المسروق أو الضائع من سرقة أو من عثر عليه
- ١١٦٠ استرداد المنقول من السارق
- ١١٦١ استرداد المنقول من عثر عليه
- ١١٦٢ استرداد المنقول المسروق أو الضائع من تلقاه وهو سواه النية :
- ١١٦٢ الحائز سواه النية ولم يتملك المنقول بالتقادم المكسب الطويل
- الحائز سواه النية وتملك المنقول بالتقادم المكسب الطويل -
- ١١٦٢ الرجوع على السارق أو على من عثر على المنقول
- ١١٦٣ استرداد المنقول المسروق أو الضائع من تلقاه وهو حسن النية :
- مالك المنقول لم يرفع دعوى الاستحقاق في خلال ثلاث سنوات
- ١١٦٥ من وقت السرقة أو الضياع
- مالك المنقول رفع دعوى الاستحقاق في خلال ثلاث سنوات
- ١١٦٦ من وقت السرقة أو الضياع

- حتى يجوز الحائز حسن النية أن يجبس المنقول المسروق أو الضائع
 ١١٦٧ حتى يستوفى من المالك الثمن الذى دفعه : ...
 الحائز اشترى المنقول المسروق أو الضائع فى سوق صومية
 ١١٦٧ أو فى مزاد على أو اشتراه من يتجر فى مثله
 وجوب أن يسجل المالك الحائز الثمن الذى دفعه هذا - حتى
 ١١٦٩ حبس الحائز المنقول حتى يستوفى الثمن ...
 المرحمن وعن حيازة لمنقول مسروق أو ضائع ... ١١٧٠ ...
 رجوع المالك بالثمن الذى سجله الحائز حسن النية : ... ١١٧١ ...
 الرجوع على السارق أو على من عثر على المنقول أو على حائز
 ١١٧١ تال ثبت فى جانبه خطأ ...
 سارق المنقول يبيعه الحائز حسن النية من حقه أن يطلب
 تمجيل الثمن ويبيعه هذا الحائز الحائز حسن النية ليس من حقه
 ١١٧١ طلب تمجيل الثمن ...
المطلب الثالث - كسب ملكية الثمار ... ١١٧٣ ...
١٥ - تملك الحائز للثمار ... ١١٧٥ ...
 الدعاوى التى يمكن أن يطالب بها المالك الحائز برد العين : ... ١١٧٥ ...
 دعوى الاستحقاق ... ١١٧٥ ...
 دعوى استرداد ما دفع دون حق ... ١١٧٦ ...
 دعوى إلغاء العقد بأثر رجعى ١١٧٦ ...
 الشروط الواجب توافرها حتى يملك الحائز الثمار فلا يرددها مع
 ١١٧٧ العين إلى المالك : ...
 قبض الحائز للثمار ... ١١٧٧ ...
 اشتراط حسن النية وعدم اشتراط السبب الصحيح ... ١١٧٧ ...
 اشتراط حسن النية : ... ١١٧٧ ...
 حسن النية هنا معناه اعتقاد الحائز أنه يملك العين التى انتزعت
 ١١٧٨ الثمار فأصبح مالكا للثمار ...
 لا أهمية للسبب الذى اعتقد الحائز أن ملكية العين قد انتقلت
 ١١٧٨ إليه بوجبه ...
 التسلط غير المختص بغير حسن النية .. ١١٧٩ ...
 توافر حسن النية فى الوقت الذى يقبض فيه الحائز الثمار ... ١١٧٩ ...
 حسن النية مفترض حتى يقوم الدليل على العكس .. ١١٨٠ ...
 عدم اشتراط السبب الصحيح : ... ١١٨١ ...
 عدم اشتراط السبب الصحيح فى التفتين الملقى المصرى ... ١١٨١ ...

صفحة

- أشراط السبب الصحيح في التقنين الملقى الفرنسي ولكنه
 ١١٨٢ لا يستقل من شرط حسن النية بل يتلجم فيه . . .
 ١١٨٢ فرقان بين التقنين الملقى الفرنسي والتقنين الملقى المصري ..
 في القانون الفرنسي يستند الحائز إلى منه نقل الملكية
 ١١٨٢ ولا يستند الحائز إليه في القانون المصري . . .
 في القانون الفرنسي يثبت الحائز التصرف الفعلي ولا يثبت
 ١١٨٢ الحائز هذا التصرف في القانون المصري . . .
 كيف يتملك الحائز الثمار : . . .
 ١١٨٢ الفرق بين الثمار والمنتجات ..
 ١١٨٤ ثلاثة أنواع للثمار : . . .
 ١١٨٥ ثمار طبيعية يملكها الحائز بالفصل من الأرض والحيازة
 ثمار صناعية أو مستحدثة يملكها الحائز بالفصل من
 الأرض والحيازة كما في الثمار الطبيعية . . .
 ١١٨٥ ثمار مدنية يملكها الحائز يوماً فيوماً ولو لم تقبض فضلاً
 ١١٨٦ الأساس القانوني لملك الحائز للثمار : . . .
 ١١٨٦ الحيازة وحدها هي سبب تملك الثمار بحكم القانون ..
 ولكن لا يجوز اعتبار تملك الحائز للثمار تطبيقاً لقاعدة تملك
 ١١٨٦ المنقول بالحيازة : . . .
 الاعتبارات تختلف : استقرار التعامل في المنقول وترتيب
 ١١٨٦ حائز الثمار سيئاته على أنها ملكه . . .
 نطاق التطبيق يختلف : المنقول كشيء أصلي والثمار تابعة
 ١١٨٧ للشيء الأصلي - المجموع من المال . . .
 الشروط تختلف : السبب الصحيح - التعامل مع المالك أو
 ١١٨٨ مع غير المالك - متى يتوافر حسن النية ...
 § ٢ - عدم تملك الحائز للثمار ووجوب زدها للمالك ...
 ١١٨٩ الحالة الأولى - الحائز سيء النية منذ البداية : . . .
 ١١٨٩ المالك يسترد من الحائز سيء النية ثمار العين ..
 ١١٨٩ متى يمنع على المالك أن يسترد من الحائز سيء النية ثمار العين
 الحالة الثانية - الحائز حسن النية في أول الأمر ثم أصبح سيء
 ١١٩٠ النية بعد ذلك : . . .
 ١١٩٠ حسن النية يجب توافره في كل مرة يقبض فيها الحائز الثمار
 متى أصبح الحائز أو وارثه سيء النية فلا يكسب الثمار
 ١١٩٠ بالقبض منذ أن أصبح سيء النية . . .

صفحة

	الحالة الثالثة - الحائز باق على حسن نيته ولكن المالك رفع					
١١٩١	عليه الدعوى :
١١٩٢	الحائز يبقى على حسن نيته بالرغم من رفع ادعوى عليه ...
١١٩٢	الحكم يستند إلى يوم رفع الدعوى ...
١١٩٣	الثمار التي يجوز ردها للمالك ...
١١٩٣	يرد الحائز الثمار التي قبضها والتي قصر في قبضها ...
١١٩٤	يسترد الحائز المصروفات التي أنفقها في إنتاج هذه الثمار ...
١١٩٥	كيف يسترد المالك الثمار من الحائز سوء النية : ..
١١٩٥	يسترد المالك الثمار مع العين التي أنتجت الثمار ...
١١٩٥	يسترد المالك الثمار مستقلة عن العين التي أنتجت ...

القسم الثانى
الحقوق العينية الاصلية

المتفرعة عن الملكية

(حق الانتفاع وما يتفرع عنه - حق الارتفاق)

تمهيد

١١٩٩	حصر الحقوق المبنية الأصلية المنفردة عن الملكية
١١٩٩	الباقى ليبحث من هذه الحقوق :
١١٩٩	حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى
١١٩٩	حق الارتفاق

الباب الأول

حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى

الفصل الأول

حق الانتفاع

تعمد

١٢٠٠	التعريف بحق الانقضاء
١٢٠١	خصائص حق الانقضاء :
١٢٠١	حق الانقضاء حق مضي
١٢٠٣	حق الانقضاء ينتهي حتماً بموت المصنع
١٢٠٥	حق الانقضاء يقع على شيء غير قابل للاستهلاك
١٢٠٦	الأشياء التي تصلح أن تكون محلاً لحق الانقضاء
					مادخله التفتين المدف الجديدي من تعديلات على التفتين المدف
١٢٠٨	السابق في خصوص حق الانقضاء
١٢٠٩					الأهمية المحددة لحق الانقضاء في مصروايتها الكبيرة في فرنسا

صفحة

عنة البحث : أسباب كسب حق الانتفاع - الآثار التي تترتب	
على قيام حق الانتفاع - انتهاء حق الانتفاع	١٢١٠
الفرع الأول - أسباب كسب حق الانتفاع	١٢١٠
كسب حق الانتفاع ابتداء وكسبه انتظالا :	١٢١١
حق الانتفاع لا يكسب بالوصية إلا ابتداء	١٢١٢
حق الانتفاع لا يكسب بالشفعة إلا انتظالا	١٢١٢
المقد تارة ينشئ حق الانتفاع وطورا ينتقله	١٢١٢
التقادم تارة ينشئ حق الانتفاع وطورا ينتقله	١٢١٢
أسباب أربعة لكسب حق الانتفاع	١٢١٣
السبب الأول - المقدم	١٢١٣
الحالة الأولى - كسب حق الانتفاع بطريق الإنشاء	١٢١٣
الحالة الثانية - كسب حق الانتفاع بطريق الاحتفاظ بهذا الحق	١٢١٥
الحالة الثالثة - كسب حق الانتفاع بطريق نقل هذا الحق	١٢١٥
السبب الثاني - الوصية	١٢١٦
سريان أحكام الوصية	١٢١٦
الإيصاء لأشخاص متعاقبين	١٢١٧
السبب الثالث - الشفعة	١٢١٩
شفعة مالك الرقبة	١٢١٩
شفعة الشريك في الشيوع	١٢١٩
السبب الرابع - التقادم	١٢٢٠
التقادم المكسب القصير	١٢٢٠
الحيازة	١٢٢٠
التقادم المكسب الطويل	١٢٢٠
مطالبة المنتفع بحق الانتفاع بعد كسبه	١٢٢١
الدعوى العينية	١٢٢١
الدعوى الشخصية	١٢٢١
الفرع الثاني - الآثار التي تترتب على قيام حق الانتفاع	١٢٢٢
المبحث الأول - آثار حق الانتفاع بالنسبة إلى المنتفع	١٢٢٢
المطلب الأول - حقوق المنتفع	١٢٢٣
§ ١ - حق المنتفع في استعمال الشيء واستغلاله	١٢٢٣
حق المنتفع في استعمال الشيء	١٢٢٤
حق المنتفع في استغلال الشيء	١٢٢٥

صفحة

٢١٢٦	حق المتفع في الاستئلال يحمل له الحق في التنازل ..
١٢٣٠	استراض بعض حالات عملية لحق المتفع في الاستئلال :
١٢٣١	حق الانتفاع بقطيع من المواشي ..
١٢٣٢	حق الانتفاع ببقار تدر فيه كل كثر ..
١٢٣٣	حق الانتفاع بالمتجر ..
١٢٣٥	حق الانتفاع بالأسهم والمحصص والسندات ..
١٢٣٦	٢٥ - مدى سلطة المتفع على الشيء المتفع به ..
١٢٣٧	- أعمال الإدارة :
١٢٣٧	الإيجار ..
١٢٣٨	بيع المصول ..
١٢٣٨	استيفاء الحقوق ..
١٢٣٩	حضور جلسات الجمعيات العامة للشركات ..
١٢٤٠	ب - أعمال التصرف :
١٢٤٠	القاعدة العامة - التصرف في حق الانتفاع دون الرقبة ..
١٢٤٠	نزول المتفع عن حق الانتفاع للغير ..
١٢٤١	رهن المتفع لحق الانتفاع ..
١٢٤٢	ترتيب حق انتفاع على حق الانتفاع ..
١٢٤٣	عدم جواز تصرف المتفع في الرقبة ..
١٢٤٣	ج - مباشرة الدملوى :
١٢٤٣	الدملوى المتعلقة بحق الانتفاع نفسه ..
١٢٤٤	الدملوى المتعلقة بالحقوق التي يتضمنها حق الانتفاع ..
١٢٤٥	المطلب الثاني - التزامات المتفع ..
	١٥ - استعمال الشيء والانتفاع به بحسب ما أهد له
١٢٤٦	وإدارته إدارة حسنة ..
١٢٤٨	مضمون الالتزام ..
١٢٤٨	جزء الإخلال بالالتزام ..
	٢٥ - صيانة الشيء والقيام بنفقات الصيانة والتكاليف
١٢٤٩	المعادة ..
١٢٥٠	التكاليف المعادة ..
١٢٥١	التكاليف غير المعادة ..
١٢٥٢	٣٥ - حفظ الشيء والمسئولية عن هلاكه ..

مضمة

- على مسئولية المتنع عن حفظ الشيء ... ١٢٥٤ ...
- أشقة من أعمال الحفظ التي يجب على المتنع القيام بها ... ١٢٥٥ ...
- التقيد الواردة على مسئولية المتنع عن حفظ الشيء ... ١٢٥٦ ...
- ٤٩ — جرد المذخور وتقديم كفالة به ... ١٢٥٦ ...
- الاقتصار في هذا الالتزام على المنقول دون العقار ... ١٢٥٧ ...
- تحرير محضر جرد بالمنقول ... ١٢٥٨ ...
- تقديم الكفالة بالمنقول ... ١٢٥٩ ...
- الانقضاء بالأشياء القابلة للاستهلاك والانقضاء بقطع من المواشي ... ١٢٦٠ ...
- المبحث الثاني — آثار حق الانقضاء بالنسبة إلى مالك الرقبة ... ١٢٦١ ...
- ١٩ — حقوق مالك الرقبة ... ١٢٦١ ...
- حق التصرف في الرقبة ... ١٢٦١ ...
- الحق في الحصول على ما تنتجه العين إذا لم يكن ثماراً ... ١٢٦٢ ...
- حق مباشرة الدعوى التي تتعلق بالرقبة ... ١٢٦٢ ...
- ٢٩ — علاقة مالك الرقبة بالمتنع ... ١٢٦٣ ...
- وجود التزامات شخصية في ذمة المتنع نحو مالك الرقبة ... ١٢٦٣ ...
- لا توجد التزامات شخصية في ذمة مالك الرقبة نحو المتنع ... ١٢٦٣ ...
- لا يجوز لمالك الرقبة أن يتسبب في تعطيل أو في إنقاص حق المتنع ... ١٢٦٤ ...
- حق مالك الرقبة استثناء في تعطيل أو إنقاص حق المتنع المحافظة ... ١٢٦٤ ...
- على العين .. ١٢٦٤ ...
- الفرع الثالث — انتهاء حق الانقضاء ... ١٢٦٥ ...
- المبحث الأول — الأسباب التي ينتهي بها حق الانقضاء ... ١٢٦٥ ...
- انتهاء حق الانقضاء بانقضاء الأجل وبموت المتنع ... ١٢٦٦ ...
- انتهاء حق الانقضاء بهلاك الشيء ... ١٢٦٧ ...
- انتهاء حق الانقضاء بعدم الاستعمال ... ١٢٦٩ ...
- انتهاء حق الانقضاء بتلكه بالتقادم المكسب ... ١٢٦٩ ...
- انتهاء حق الانقضاء بالتزول عنه ... ١٢٧٠ ...
- انتهاء حق الانقضاء باتحاد القصة ... ١٢٧١ ...
- المبحث الثاني — ما يترتب على انتهاء حق الانقضاء ... ١٢٧٢ ...
- رد الشيء للمتنع به إلى المالك ... ١٢٧٢ ...
- المبالغ التي يستردّها المتنع من المالك عند نهاية حق الانقضاء ... ١٢٧٢ ...
- ما يحده المتنع من بناء أو فرائس ... ١٢٧٣ ...

الفصل الثاني

حق الاستعمال وحق السكنى

١٢٧٥	التعريف بحق الاستعمال وبحق السكنى
١٢٧٦	أحكام خاصة بحق الاستعمال وحق السكنى
١٢٧٧	حكم خاص بحق السكنى ..
١٢٧٨	الأحكام المشتركة بين حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى

الباب الثاني

حق الارتفاق

تمهيد

١٢٧٩	التعريف بحق الارتفاق - عناصره الثلاثة :
١٢٨٠	عقار مرتفق ..
١٢٨٠	عقار مرتفق به ..
١٢٨١	فائدة تحد من منفعة العقار المرتفق به لحكمة العقار المرتفق...
١٢٨٢	خصائص حق الارتفاق :
١٢٨٣	حق الارتفاق حق تابع
١٢٨٤	حق الارتفاق حق دائم
١٢٨٥	حق الارتفاق حق غير قابل للتجزئة ..
١٢٨٥	الأشياء التي تصلح أن تكون محلا للارتفاق :
١٢٨٥	عقار بليته ..
١٢٨٦	الأرض والمنشآت ..
١٢٨٧	جواز ترتيب حق الارتفاق على المال العام :
					ترتيب حق الارتفاق يصارح مع المنظمة العامة التي خصص
١٢٨٨	لها المال
					ترتيب حق الارتفاق لا يصارح مع المنظمة العامة التي
١٢٨٩	خصص لها المال
١٢٨٩	تكييف حق الارتفاق على المال العام في فرنسا
١٢٩٠	تكييف هذا الحق في مصر - حق ارتفاق إداري
١٢٩١	تقسيمات حق الارتفاق :
١٢٩١	الارتفاق المستمر والارتفاق غير المستمر

صفحة

١٢٩٤	الارتفاق الظاهر والارتفاق غير الظاهر
١٢٩٥	الارتفاق الإيجابي والارتفاق السلبي
	استبعاد القيود القانونية الواردة على حق الملكية من نطاق حق
١٢٩٦	الارتفاق :
	تقييدان هامتان : عدم ضمان هذه القيود - لا تزول هذه
١٢٩٦	القيود بعدم الاستعمال .
١٢٩٧	انقسام الفقه في فرنسا وفي مصر
	ما أدخله التشريع المدني الجديد من تعديلات على التشريع المدني
١٢٩٩	السابق في خصوص حق الارتفاق :
	التمييز بين حقوق الارتفاق والقيود القانونية التي ترد على
١٢٩٩	حق الملكية
١٢٩٩	إكمال أسباب كسب حق الارتفاق - تخصيص المالك الأصلي
١٢٩٩	كسب حق الارتفاق غير المستمر بالتقادم - حق المرور
	حسم الخلاف في طبيعة القيود التي تفرعها عادة شركات
١٢٩٩	الأراضي على المشترين
	تعديل حق الارتفاق أو نقله أو زواله إذا كان ذلك يدفع
١٢٩٩	الضرر عن المقار المرتفق به .
	إنهاء حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء أو إذا لم يعد
١٣٠٠	للارتفاق المنفعة التي كانت له .
	خطة البحث : أسباب كسب حق الارتفاق - الآثار التي تترتب
١٣٠٠	على قيامه - انتهائه

الفصل الأول

أسباب كسب حق الارتفاق

١٣٠١	كسب حق الارتفاق انتقالا
١٣٠٢	كسب حق الارتفاق ابتداء :
١٣٠٢	التصرف القانوني - تخصيص المالك الأصلي - التقادم المكسب
١٣٠٣	المبحث الأول - التصرف القانوني
١٣٠٣	المطلب الأول - أنواع التصرف القانوني الذي ينشئ حق الارتفاق
١٣٠٣	العقد والوصية
١٣٠٥	الأحكام الشكلية للتصرف القانوني
١٣٠٥	الأحكام الموضوعية للتصرف القانوني
١٣٠٩	التسجيل

صفحة

المطلب الثاني - الحدود التي يقف عندها التصرف القانوني في

- ١٣١٠ ... إنشاء حق الارتفاق
 ١٣١٠ ... تطبيق القواعد العامة
 تحويل القيود القانونية الواردة على حق الملكية إلى حقوق
 ١٣١١ ... ارتفاق إرادية
 اختيار أعمال أخرى غير داخلة في القيود القانونية الواردة على
 ١٣١٥ ... حق الملكية محل لحقوق ارتفاق إرادية
 قياد أساسيان يحددان من قوة التصرف القانوني في إنشاء حق
 الارتفاق
 ١٣١٧ ... القيد الأول - حق الارتفاق يضرر على عقار لا على شخص
 ١٣١٨ ... القيد الثاني - حق الارتفاق ينشأ لفائدة عقار لا لفائدة شخص
 ١٣٢١ ... تطبيقات مختلفة
 ١٣٢٢ ... تطبيق خاص لحق منشأ لفائدة عقار - قيود البناء
 ١٣٢٥ ...

المبحث الثاني - تخصيص المالك الأصلي ١٣٢٣

- كيف يترتب حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصل وعلى أي
 ١٣٢٤ ... أساس يقوم
 الشروط الواجب توافرها لترتيب الارتفاق بتخصيص المالك
 ١٣٢٧ ... الأصل
 ١٣٢٧ ... ١٤ - وجود مملوكين : الثالث واحد
 ١٣٢٧ ... عقاران منفصلان لملك واحد
 ١٣٢٨ ... جزءان من عقار واحد
 ٢٤ - جعل هذا المالك الواحد أحد العقارين يخدم بالفعل
 ١٣٢٨ ... العقار الآخر
 ١٣٢٨ ... جعل أحد العقارين في وضع يخدم فيه بالفعل العقار الآخر
 ١٣٤٠ ... المالك الأصل للعقارين هو الذي أنشأ الوضع افضل القائم
 ١٣٤١ ... ٣ - وضع علامة ظاهرة تكشف عن الوضع الفعلي
 ١٣٤١ ... الارتفاق الظاهر وحده هو الذي يكسب بتخصيص المالك الأصل
 وجوب بقاء العلامة الظاهرة إلى وقت أن يتنكأ العقارين مالكا
 ١٣٤٢ ... مختلفان
 ١٣٤٢ ... يكفي أن يكون الارتفاق ظاهراً ولا يشترط أن يكون مستمراً
 ١٣٤٣ ... الارتفاق السلي لا يكسب بتخصيص المالك الأصل

صفحة

- § ٤ - صيرورة العقارين مملوكين للمالكين مختلفين ... ١٣٤٤
- كيف يصير انعقاران مملوكين للمالكين مختلفين ... ١٣٤٤
- عدم نشوء حق الارتفاق عند وجود شرط صريح يقضى بعدم نشوئه ... ١٣٤٥
- المبحث الثالث - انتقام المكسب ... ١٣٤٧
- § ١ - حقوق الارتفاق التي يجوز كسبها بالتقادم ... ١٣٤٧
- وجوب أن يكون حق الارتفاق ظاهراً حتى يجوز كسبه بالتقادم ١٣٤٧
- حق الارتفاق غير الظاهر لا يجوز كسبه بالتقادم ... ١٣٤٨
- حق الارتفاق الظاهر المستمر يجوز كسبه بالتقادم ... ١٣٤٩
- حق الارتفاق للظاهر غير المستمر يجوز أيضاً كسبه بالتقادم ... ١٣٥٠
- طريقة استعمال حق الارتفاق الظاهر يجوز كسبه بالتقادم ... ١٣٥٢
- § ٢ - حيازة حق الارتفاق التي تؤدي إلى كسبه بالتقادم ١٣٥٣
- الحيازة في حق الارتفاق كالحيازة في الملكية ... ١٣٥٣
- أعمال التسامح في حيازة حق الارتفاق لا تؤدي إلى كسبه بالتقادم ١٣٥٥
- إثبات الرخصة من المباحات لا تؤدي إلى كسب حق ارتفاق بالتقادم ١٣٥٦
- § ٣ - مدة التقادم .. ١٣٥٧
- مدة التقادم في التقنين المدني الفرنسي ... ١٣٥٨
- مدة التقادم في التقنين المدني المصري ... ١٣٦٠

الفصل الثاني

الآثار التي تترتب على قيام حق الارتفاق

- المبحث الأول - الآثار بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق ١٣٦٢
- § ١ - تحديد مدى حق الارتفاق واستعمال هذا الحق ... ١٣٦٢
- تحديد مدى حق الارتفاق ١٣٦٢
- تجزئة العقار المرتفق ... ١٣٦٥
- تجزئة العقار المرتفق به ... ١٣٦٨
- استعمال حق الارتفاق : ... ١٣٦٩
- مجازرة مالك العقار المرتفق حدود حق الارتفاق ... ١٣٧١
- إسداء مالك العقار المرتفق استعمال حق الارتفاق ... ١٣٧٣
- نقطة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والحفاظة عليه ... ١٣٧٤

صفحة

١٣٧٧	٢٩ - الدعاوى المحولة لمالك العقار المرتفق
١٣٧٧	دعوى الإقرار بحق الارتفاق
١٣٧٨	دعوى الحيازة المتعلقة بحق الارتفاق في القانون الفرنسي
١٣٧٨	دعوى الحيازة المتعلقة بحق الارتفاق في القانون المصري
١٣٧٩	المبحث الثاني - الآثار بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق به
١٣٧٩	١٩ - واجبات مالك العقار المرتفق به
١٣٨١	واجبات سلبية محضة
			امتناع مالك العقار المرتفق به عن أى عمل يعمق استعمال حق
١٣٨٣	الارتفاق ..
١٣٨٣	الجزاء المترتب على الإخلال بهذا الواجب
١٣٨٤	إمكان تغيير الموضع المعين أملاً لاستعمال حق الارتفاق
١٣٨٧	٢٩ - الدعاوى المحولة لمالك العقار المرتفق به
١٣٨٧	دعوى إنكار حق الارتفاق
١٣٨٨	دعوى الحيازة

الفصل الثالث

أسباب انتهاء حق الارتفاق

١٣٨٩	بيان هذه الأسباب :
١٣٩٠	انقضاء الأجل
١٣٩١	هلاك أحد العقارين
١٣٩٢	اتحاد النعمة
١٣٩٤	عدم الاستعمال أو التقادم المسقط
١٣٩٩	استمالة استعمال حق الارتفاق
١٤٠٢	انعدام الفائدة من حق الارتفاق
١٤٠٣	تحقق الشرط الفاسخ وفسخ ملكية صاحب العقار المرتفق به
١٤٠٤	زول صاحب حق الارتفاق عن حقه

ما ظهر من اجزاء الوسيط

وما هو تحت الإعداد

الاجزاء التي ظهرت

- الجزء الأول - في مصادر الالتزام (الطبعة الأولى) سنة ١٩٥٢
 (الطبعة الثانية) ١ ١٩٦٤
- الجزء الثاني - في الإثبات وآثار الالتزام سنة ١٩٥٦
- الجزء الثالث - في أوصاف الالتزام وحالاته وانقضائه سنة ١٩٥٨
- الجزء الرابع - في البيع والمقايضة سنة ١٩٦٠
- الجزء الخامس - في العقود الأخرى الواردة على الملكية (الهبة والشركة والقروض والدخل الدائم والصلح) سنة ١٩٦٢
- الجزء السادس - (مجلدان) في العقود الواردة على المنفعة (الإيجار والعارية) سنة ١٩٦٣
- الجزء السابع - (مجلدان) المجلد الأول في العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة) المجلد الثاني في عقود الغرر (عقد التأمين والمقامرة والرهان والمربى مدى الحياة) سنة ١٩٦٤
- الجزء الثامن - في حق الملكية (مع شرح مفصل للأشياء والأموال) سنة ١٩٦٧
- الجزء التاسع - في أسباب كسب الملكية - الحقوق الأصلية المضرعة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق) سنة ١٩٦٨

ما هو تحت الإعداد

- الجزء العاشر - في اتأمينات الشخصية والعينية (الكفالة والرهن الرسمي وحق الاختصاص ورهن الحيازة وحقوق الامتياز)

الوجيز

ما ظهر

الجزء الأول - في نظرية الالتزام بوجه عام (ويشتمل على
الأجزاء الأول والثاني والثالث من الوسيط) سنة ١٩٦٦

. . .

ما هو تحت الإعداد

الجزء الثاني - في العقود المسماة
(ويشتمل على الأجزاء الرابع والخامس والسادس
من الوسيط) .
الجزء الثالث - في الحقوق العينية والتأمينات
(ويشتمل على الأجزاء الثامن والتاسع والعاشر من
الوسيط) .

للمؤلف

(أولا) كتب

- القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل – المعيار المرن
والمعاملة الجامدة (بالفرنسية) سنة ١٩٢٥
- ٢ – الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية (بالفرنسية) سنة ١٩٢٦
- ٣ – عقد الإيجار سنة ١٩٣٠
- ٤ – نظرية العقد سنة ١٩٣٤
- ٥ – الموجز في النظرية العامة للالتزامات سنة ١٩٣٨
- ٦ – أصول القانون (بالاشتراك مع الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت) سنة ١٩٣٨
- ٧ – التصرف القانوني والواقعة المادية (دروس لقسم الدكتوراه) سنة ١٩٥٤
- ٨ – مصادر الحق في الفقه الإسلامي (مقارنة بالفقه الغربي)
الجزء الأول – مقدمة – صيغة العقد في الفقه الإسلامي سنة ١٩٥٤
الجزء الثاني – مجلس العقد وصحة التراضي (الغلط
والتدليس والإكراه والغبن في الفقه
الإسلامي) سنة ١٩٥٥
- الجزء الثالث – محل العقد في الفقه الإسلامي سنة ١٩٥٦
- الجزء الرابع – نظرية السبب ونظرية البطلان في الفقه
الإسلامي سنة ١٩٥٧
- الجزء الخامس – آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص في الفقه
الإسلامي (الخلف العام والخلف الخاص
والدعوى البولصية والإعسار والتعهد
عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير والنيابة
في التعاقد في الفقه الإسلامي) سنة ١٩٥٨

الجزء السادس - آثار العقد بالنسبة إلى الموضوع في الفقه

الإسلامي (تفسير العقد وتنفيذه وفسخ

العقد للعذر أو لحوادث طارئة والمسئولية

العقدية والفسخ والدفع بعدم التنفيذ والإقالة

في الفقه الإسلامي) سنة ١٩٥٩

٩ - الوسيط في شرح القانون المدني (ظهرت منه تسعة أجزاء

انظر آنفاً) سنة ١٩٥٢-١٩٦٨

١٠ - الوجيز في شرح القانون المدني (ظهر منه الجزء الأول -

انظر آنفاً) سنة ١٩٦٦

(ثانياً) بحوث ومقالات

١ - الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع المصري (بحث بالفرنسية أدرج في مجموعة لامبير) .

٢ - المعيار في القانون (بحث بالفرنسية أدرج في مجموعة جني) .

٣ - المسئولية التقصيرية (بالاشتراك مع الأستاذ طمبي بهجت بلوى - مقال بالفرنسية نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٣) .

٤ - المسئولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية (بحث بالفرنسية قدم إلى مؤتمر القانون المقارن بلاهاي سنة ١٩٣٧) .

٥ - الشريعة الإسلامية أمام مؤتمر القانون المقارن بلاهاي (مقال بالفرنسية نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٧) .

٦ - الامتيازات الأجنبية (بحث نشر في سنة ١٩٣٠) .

٧ - تنقيح القانون المدني (بحث نشر في الكتاب الذمعي للمحاكم الوطنية وفي مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٣) .

٨ - من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي (مقال نشر في مجلة القضاء ببغداد سنة ١٩٣٦) .

- ٩ - عقد البيع في مشروع القانون الملقى العراقى (نشر في بغداد سنة ١٩٣٦)
- ١٠ - مقارنة المجلة بالقانون الملقى (بحوث القيث في كاية الحقوق ببغداد سنة ١٩٣٦) .
- ١١ - المقاضات في المسألة المصرية (بحث نشر في سنة ١٩٤٧) .
- ١٢ - الانحراف في استعمال السلطة التشريعية (بحث نشر في مجلة مجلس الدولة سنة ١٩٥١) .

